

LA
DÉTERMINATION DU DOMICILE
EN
DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Mardi 9 Juin 1931, à quatorze heures

PAR

Georges LEVASSEUR

Président : M. J. DE LA MORANDIÈRE.

<i>Suffragants</i> }	MM. BARTIN CASSIN	} <i>Professeurs.</i>
----------------------	----------------------	-----------------------



PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^{ie}, Editeurs

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13 (V^e).

1931

*Tous droits de reproduction, de traduction et adaptation
réservés pour tous pays*

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LA
DÉTERMINATION DU DOMICILE
EN
DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ
FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

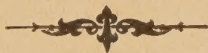
Sera soutenu le Mardi 9 Juin 1931, à quatorze heures

PAR

Georges LEVASSEUR

Président : M. J. DE LA MORANDIÈRE.

<i>Suffragants</i> }	MM. BARTIN CASSIN	} <i>Professeurs.</i>
----------------------	----------------------	-----------------------



PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU & C^{ie}, Editeurs

14, RUE SOUFFLOT, ET RUE TOULLIER, 13 (v')

1931

*Tous droits de reproduction, de traduction et adaptation
réservés pour tous pays*



A mes Parents.

*A tous ceux de mes Camarades que leur santé contraint
d'abandonner leurs études.*

LA DÉTERMINATION DU DOMICILE

EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FRANÇAIS

INTRODUCTION

La détermination du domicile est un problème essentiel en droit international privé.

C'est un problème essentiel parce que la notion de domicile est, dans le droit en général et dans cette branche en particulier, une notion essentielle. Sans elle, comme le dit M. Pillet, l'application du droit serait impossible.

Le domicile est un fait d'où dérive, entre une personne et un lieu donnés, un rapport dont on tire certaines conséquences juridiques (1).

Ces conséquences, nous n'avons pas l'intention de les étudier en elles-mêmes ni de les discuter dans leur principe. Nous nous proposons en effet de limiter cette étude à la détermination du domicile, c'est-à-dire que nous

(1) On a coutume de dire qu'en droit international, le rapport n'est plus entre une personne et un lieu, mais bien entre une personne et un territoire (Barbosa de Magalhaes, p. 5). Nous ne pensons pas qu'il soit utile de modifier en ce sens les définitions habituelles. En effet s'il suffit de connaître l'Etat où est établi le domicile, lorsque ce domicile détermine la loi applicable, il est d'autres questions de droit international où il ne suffit pas de connaître le territoire, mais où il faut encore préciser la localité elle-même ; ce sera le cas en matière de condition des étrangers pour les droits qui doivent être exercés ou les charges qui doivent être subies dans le lieu du domicile ; ce sera le cas également en matière de compétence spéciale *ratione personæ* lorsqu'il s'agira de savoir quel est, de tous les tribunaux d'un même Etat, celui qui est compétent pour connaître d'un litige donné. La définition que nous adoptons doit donc s'appliquer en droit international comme en droit interne. Sur la conception anglaise du domicile, où le rapport se trouve entre une personne et un territoire, cf. M. LEVY-ULLMANN, cours 1930-1931.

rechercherons les règles à l'aide desquelles on parviendra à connaître le lieu où se trouve fixé le domicile d'un individu donné.

Quel est l'intérêt de cette recherche ? Nous pensons qu'il est considérable, et que les années récentes l'ont encore accru. Pour le montrer, nous consacrerons cette introduction à une esquisse rapide du rôle passé, présent et futur de la notion de domicile dans la vie juridique internationale. Plus ce rôle sera important, plus l'utilité pratique de la détermination du domicile apparaîtra évidente.

Or, après le concept de la nationalité, il n'est pas de notion plus importante en droit international que celle du domicile. Toute l'histoire de ce droit en est une preuve manifeste (1).

Dès l'apparition des conflits de lois, le domicile intervient dans leur solution. C'est ainsi qu'au ^{xiv}^e siècle, Bartole en tient déjà le plus grand compte. Au ^{xvi}^e siècle, son rôle s'affirme et se précise, il domine toute la théorie des statuts. Le statut personnel dans son ensemble lui est soumis, l'état et la capacité des individus en dépendent. Le statut réel lui-même fait également appel à cette notion ; la loi du domicile considérée comme loi de la situation fictive détermine le régime des meubles corporels en général, et le régime des créances. Enfin, le contrat de mariage et les rapports pécuniaires des époux, que l'on range dans le statut personnel pour conserver la division bipartite traditionnelle, mais arbitraire, sont eux aussi réglés par la loi du domicile considérée comme présomption irréfragable de la volonté tacite des époux. L'importance du domicile à cette époque est donc universelle ; seuls les immeubles et peut-être les meubles corporels envisagés à titre particulier échappent à l'empire de sa loi.

Au cours du ^{xviii}^e siècle, la pratique et la facilité plus

(1) Voir le cours professé à l'Académie de Droit international de La Haye en 1930, où M. Cassin a présenté un historique très complet de cette question. Nous devons à la bienveillance de M. Cassin, qui a bien voulu nous les fournir avant la parution de son cours, la plupart des idées que nous résumons ci-dessous et le plan selon lequel nous les exposons.

grande des communications ont fait naître des difficultés délicates (en particulier sur la détermination de ce domicile qui met en jeu des intérêts si considérables), et quelques auteurs, à la suite de Froland, proposent de s'en tenir à la loi du domicile d'origine, fixée une fois pour toutes, plutôt qu'à la loi du domicile actuel, trop instable à leur gré. Les auteurs de conflits admettent cette doctrine sur certains points (1).

Mais la Révolution vient réaliser l'unité législative de la France ; désormais il n'y a plus de conflits possibles entre les Coutumes. L'article 3 du Code civil soumet le statut personnel du Français à sa loi nationale. On admet que réciproquement celui de l'étranger obéira aux mêmes règles. Mais la loi du domicile conserve des partisans résolus : Merlin, Fœlix, Demangeat, etc. Ces derniers contestent même l'interprétation que l'on donne de l'article 3 C. civ. et prétendent qu'il ne met pas obstacle à la conservation des solutions antérieures. Proudhon propose un système qui tient le milieu entre le domicile et la nationalité : l'incolat ; mais, exception faite de Vallette, qui reprit avec force cette théorie ingénieuse, celle-ci ne recueillit que des critiques.

La jurisprudence reste encore tout imprégnée, elle aussi, de la doctrine traditionnelle. Elle maintient la loi du domicile lorsqu'elle s'applique comme statut réel, c'est-à-dire à la dévolution de la succession mobilière ; elle continue à l'appliquer encore en matière de régime matrimonial, au nom de l'autonomie de la volonté ; enfin elle s'oublie même, à ses débuts, à l'appliquer à certaines matières de capacité (aff. Bonar d'Hervas) (2).

D'autre part, la France reste longtemps encore la seule nation ayant adopté le critérium de la loi nationale, et cela s'explique par le fait que les Etats qui l'entourent n'ont pas encore réalisé leur unité législative (Royaume-Uni, Espagne, Italie, Allemagne, etc.).

En Allemagne, en particulier, Savigny défend les solutions traditionnelles qu'il explique par des théories

(1) Cf. BATTIFOL en sa thèse.

(2) Paris, 15 mars 1831 (S. 1831, 2, 237).

nouvelles. La loi compétente pour régir le rapport de droit, dit-il, est celle du siège de ce rapport, or le domicile est le siège des relations juridiques relatives au droit des personnes.

Cependant une nouvelle évolution se dessine. A la suite de la doctrine de Mancini, le système de la loi nationale fait des progrès foudroyants et que l'on peut croire définitifs. Tous les nouveaux Codes l'adoptent (Suisse, Allemagne, etc.). Les auteurs démontrent sa supériorité théorique sur la loi du domicile ; aucune voix ne s'élève en France pour défendre cette dernière ; les Conventions de La Haye sont la consécration officielle de sa ruine, il semble que sa décadence soit irrémédiable.

La jurisprudence française se laisse entraîner ; la majeure partie de la doctrine veut soumettre l'ensemble de la succession à la loi nationale, nos tribunaux l'appliquent tout au moins à la succession mobilière de l'étranger et un certain nombre d'arrêts y voient expressément une manifestation du statut personnel ; pareillement, on veut soumettre le régime matrimonial à la loi nationale du mari, et nos tribunaux consentent alors à établir parfois une présomption en faveur de cette loi. En jurisprudence comme en doctrine, la théorie de la *lex domicilii* perd chaque jour du terrain.

Mais cependant ce mouvement ne tarde pas à se ralentir. On commence à s'apercevoir en France que nous sommes dupes de notre système qui aboutit souvent à desservir les intérêts français. Dès 1897, Chausse (1) avait attiré l'attention sur le rôle international du domicile, et la jurisprudence saisit toutes les occasions d'écarter l'application de la loi étrangère normalement compétente, soit en invoquant l'ordre public, soit en faisant jouer le mécanisme du renvoi. Précisément l'Angleterre, les Etats-Unis, les Etats de l'Amérique latine sont restés fidèles à la loi du domicile, et ne manquent pas, le cas échéant, de l'appliquer à nos nationaux. On s'aperçoit alors qu'on est peut-être allé trop loin. La France dé-

(1) Clunet, 1897, p. 5.

nonce les Conventions de La Haye ; plusieurs Etats adhérents imitent cette attitude.

Puis la guerre de 1914 survient. Les auteurs français abandonnent les anciennes théories ; aux environs de 1925 un revirement se manifeste en faveur de la loi du domicile. On ne parle de rien moins que d'abroger l'article 3 et son système ; on hésite cependant devant cette révolution, mais on la prépare ; la Société d'Etudes législatives met au point un projet qui, un quart de siècle auparavant, eut soulevé l'indignation de ses membres ; demain très probablement, les mineurs étrangers et les époux étrangers domiciliés en France seront soumis à la loi française, en attendant peut-être un pas encore plus décisif.

A l'étranger, le même mouvement se dessine, la *lex domicilii* consolide ses positions (Union panaméricaine) et déjà elle éveille des échos dans les pays attachés à la loi nationale.

D'où vient donc un changement si complet, si profond, et, il faut bien le dire, si inattendu ?

Sur le terrain théorique, les arguments mis en avant pour faire prévaloir l'une sur l'autre la loi du domicile ou la loi nationale sont toujours restés les mêmes, ceux produits par les partisans de chaque système, sont des plus défendables. La loi du domicile fait plus de part à l'influence du milieu et à la sécurité des transactions, la loi nationale s'attache davantage à l'idée mystique de l'origine et de la patrie, à l'influence de la race. On peut dire cependant que la vie moderne a fait perdre à la loi nationale un de ses principaux avantages, celui de la stabilité. On change aujourd'hui de nationalité avec une facilité très grande dès que les besoins de la cause l'exigent, c'est un événement qui n'est presque plus exceptionnel, qui n'est pas encore aussi courant que le changement de domicile, mais qui peut très bien le devenir. D'autre part, les législations modernes, en particulier la loi française, étendent d'office leur nationalité dans de très larges mesures afin de remédier à la dépopulation, de sorte que les cas de double nationalité deviennent de

plus en plus fréquents. Au point de vue de ses avantages théoriques, la loi nationale a donc perdu sensiblement de sa valeur.

Mais ce sont surtout des éléments nouveaux qui sont cause de sa régression. Le premier réside dans les nécessités démographiques (1). M. Bartin dit à juste titre que « toute formule de solution des conflits de lois n'est jamais que l'expression, dans un Etat donné, des obligations internationales que cet Etat se reconnaît vis-à-vis des autres, quant à l'application de leurs lois civiles sur son territoire » (2). Ces obligations ne sont pas définies d'après des considérations théoriques idéales, elles sont directement fonction des intérêts nationaux. Or, il est certain que la France se trouve à l'heure actuelle dans une situation critique ; la France, devenue pays d'immigration, se voit dans l'obligation, par une nécessité vitale, d'adopter une politique de pays d'immigration, et notamment de donner une place prépondérante à la loi du domicile dans le règlement des conflits de lois. Sinon, les noyaux étrangers, qui se forment dans certaines régions, de Polonais, de Belges, de Tchèques, d'Italiens ou de Russes compromettront la sécurité politique du régime et de la patrie (3).

L'abandon du système de la loi nationale au profit de la loi du domicile est donc, à ce point de vue, une nécessité politique si l'on veut faire échec, d'une part aux dispositions des lois étrangères qui suivent leurs nationaux à tous les instants de leur vie juridique et tendent ainsi à constituer chez nous des Etats dans l'Etat, et d'autre part aux dispositions inverses qui dénationalisent en masse les individus et nous ont encombré d'un nombre énorme d'apatrides.

A ce premier élément d'ordre particulier, vient s'en ajouter un autre, d'ordre général. Il y a toujours eu une très grande difficulté à fixer la loi qui doit régir les rap-

(1) Cf. déjà sur ce point LEROY-BEAULIEU, *Clunet*, 1888, p. 168.

(2) *Principes*, 1, § 78.

(3) BATTIFOL et M. DE LA MORANDIÈRE dans la préface de l'ouvrage de ce dernier ; MM. NIBOYET, BARTIN, et la discussion du projet de la Société d'Etudes législatives.

ports personnels entre deux êtres de nationalité différente : le père et l'enfant, le tuteur et le pupille, le mari et la femme. Faire prévaloir le statut personnel de l'un sur celui de l'autre était un peu arbitraire, bien qu'on ait essayé de le faire en considération du but social de la loi (1) ; les appliquer concurremment est difficile, et ce serait une erreur de croire qu'ils puissent fonctionner séparément sans interférences (comme le pense à tort Durand, p. 351). Mais ce genre de problème était, jusqu'à ces dernières années, relativement exceptionnel. Il est devenu au contraire de tout premier plan : l'émancipation de la femme lui apporte une capacité de plus en plus élargie, la loi du 10 août 1927 lui permet de conserver sa nationalité, le ménage à nationalités différentes va, en droit international, devenir la règle, et non plus l'exception. D'autre part, l'extension du divorce va multiplier les complications internationales au sein de la famille ; le père, la mère, les enfants pourront avoir chacun un statut personnel différent. Cependant leurs rapports doivent être réglés par une loi unique, quelle sera celle qu'il conviendra d'adopter ?

Tous les auteurs qui se sont penchés sur ce sujet délicat sont d'un avis unanime : il faut s'en remettre à la loi du domicile commun (2), et c'est ce qu'avait déjà pensé la jurisprudence, en matière de séparation de corps (3).

Cette solution est certainement la meilleure, à condition que l'on permette à la femme ou au mineur d'avoir un domicile séparé, et que l'on ne fasse pas régir les effets du mariage par la loi du domicile du mari sous prétexte qu'il est également celui de la femme, alors que celle-ci, séparée de fait, vit en Italie, tandis que son mari est en France.

(1) PILLET, *Principes*, p. 324 ; VALÉRY, § 820, p. 1160.

(2) VALÉRY, § 820, p. 1160 lorsque le but de la loi n'est pas clair ; DE VAREILLES-SOMMIÈRES, 2, n° 882 ; NIBOYET, n° 614, p. 735, et note au S. 1929, 1, 5 ; CHAMPCOMMUNAL, *Revue*, 1929, p. 6 ; AUDINET (Clunet, 1930, p. 326 et ss.).

(3) Seine, 20 février 1893 (Clunet, 1893, p. 1167, aff. Totvianian) ; Seine, 29 novembre 1904 (Clunet, 1905, p. 187, *Revue* 1905, p. 671, note 5 ; et en Belgique Audenaerde, 19 mars 1909 (Clunet, 1910, p. 642).

Sur ce point un champ très vaste va donc s'ouvrir, dans l'avenir, à la loi du domicile.

D'autre part, l'intensité de la vie des affaires, la compénétration des éléments internationaux qu'elle met en jeu aujourd'hui ont rendu la notion de nationalité inutilisable en cette matière. Le commerce d'une maison parisienne s'étend au monde entier, les industries nationales importent leurs matières premières des pays les plus divers, ils exportent leurs produits manufacturés dans les contrées les plus éloignées. Dans la plupart des cas, ces affaires considérables sont aux mains de sociétés de personnes et surtout de capitaux pour lesquelles la notion de nationalité est à peu près inutilisable en droit privé. Dès lors, ne vaut-il pas mieux en cette matière abandonner ce critérium. On connaît de façon à peu près sûre le domicile de son cocontractant, tout au moins son domicile commercial, le seul qui importe en l'espèce ; on ne connaît jamais d'une façon certaine sa nationalité exacte. En conséquence n'est-il pas tout indiqué de soumettre le commerce tout entier à la loi du domicile et non plus à la loi nationale ? C'est la solution vers laquelle on s'achemine.

Enfin il est encore un autre motif qui doit pousser les Etats à préférer de plus en plus la loi du domicile à la loi nationale, dans le règlement des conflits de lois. Chausse l'avait prévu, et M. Cassin l'a particulièrement mis en lumière dans son cours de 1930 à l'Académie de Droit international de La Haye. On cherche à l'heure actuelle à rapprocher les unes des autres les nations européennes. Déjà la Société des Nations groupe un nombre important des Etats qui se partagent le monde, mais elle agit plus particulièrement sur le plan du droit public. On cherche à organiser une fédération européenne, à en souder les éléments, à les unir par des liens serrés d'intérêts matériels communs, de relations commerciales complexes, qui tisseront un réseau suffisant de rapports juridiques pour résister à la poussée divergente des susceptibilités nationales.

Si l'on veut atteindre ce but, un des meilleurs moyens d'y parvenir, est de confier à la loi du domicile la solu-

tion des conflits de lois. La loi nationale, trop tyrannique aboutit à restreindre la liberté de l'individu, elle tend à mettre en jeu immédiatement l'idée de souveraineté politique, et par là produit des froissements et des conflits irréductibles. Si l'on veut réaliser une fédération européenne ou mondiale, il faut, dès maintenant, instaurer le seul système de conflits qui soit praticable dans une fédération dont les membres possèdent chacun des systèmes juridiques différents, c'est-à-dire la compétence législative normale de la loi du domicile.

Cet état a toujours précédé l'unification, et lui seul peut la préparer (1). Ce fut le cas, on le sait, jusqu'à une époque récente, de la Suisse, de l'Allemagne, de l'Espagne. Ce fut le cas en France même, tout au long de l'ancien droit, et le Code civil ne put opérer sa réforme que parce que les siècles précédents l'avaient progressivement préparée. De nos jours, c'est encore le système de tous les Etats fédéraux, du Royaume-Uni, des Etats-Unis d'Amérique, du projet panaméricain.

La loi du domicile a donc fait ses preuves en cette matière, elle a démontré que, terrain d'entente naturelle entre la territorialité et la personnalité, elle seule pouvait réaliser l'unité supranationale des règles de droit international privé. Elle est, par conséquent, appelée à former à l'avenir la base de l'organisation juridique internationale, si celle-ci doit voir le jour.

D'ores et déjà en droit international privé français actuel, indépendamment de son accroissement futur la place du domicile est considérable (2).

Tout d'abord, il a gardé une certaine place dans le règlement des conflits de lois. A titre de statut personnel subsidiaire, il régit l'état et la capacité des personnes lorsque la loi nationale fait défaut, ou lorsqu'au contraire plusieurs lois nationales sont en présence ; il intervient également en cas de renvoi lorsque la loi compétente se substitue la loi du domicile.

(1) ARMINJON, II, p. 22.

(2) Cf. LOISEAU en sa thèse, BENNET en sa thèse, et les différents traités et manuels.

A titre de statut réel, il règle tout ce qui touche à la succession mobilière et aux meubles considérés *in universum*. On admet encore sa compétence dans toutes les questions relatives aux meubles incorporels. Enfin, comme statut d'autonomie, comme indice caractéristique de la volonté des parties, la loi du domicile sera la loi qui régira la plupart des contrats, y compris le plus important de tous, le contrat de mariage et même le régime matrimonial légal, à défaut de conventions valables. Chausse propose même de placer dans le statut d'autonomie le testament, manifestation de la volonté du défunt et la succession *ab intestat*, testament tacite.

Dans les conflits de juridictions le domicile occupe une place marquante. La notion de nationalité intervient bien encore dans la compétence internationale, celle que M. Martin appelle « générale », mais la tendance à s'en remettre au tribunal du domicile du défendeur semble bien, en pratique, s'imposer.

De nombreux auteurs admettent à l'heure actuelle que le droit international privé proprement dit se borne à résoudre les conflits de lois et les conflits de juridictions. Bien que nous pensions que cette conception soit exacte, nous rangerons dans le droit international privé au sens large du mot, ces deux matières qui lui sont traditionnellement adjointes : la nationalité et la condition des étrangers.

Or, le domicile joue un grand rôle dans la nationalité, soit qu'il contribue à son acquisition légale, soit qu'il facilite les formalités de la naturalisation.

Enfin, tous les Etats tiennent compte du domicile dans la réglementation de la condition des étrangers. En France comme ailleurs, les étrangers domiciliés sont mieux traités que les autres au point de vue de la jouissance des droits, ils sont soumis à un régime particulier pour la répartition des charges.

Dans toutes ces hypothèses si diverses où le domicile intervient, il sera nécessaire de le déterminer. C'est précisément le but de notre étude.

Ce serait une erreur de croire que cette détermination

va de soi (1). Certes, on a fait remarquer à juste titre la similitude des législations diverses dans leurs conceptions du domicile de choix (2), mais cette similitude fait place à la plus grande diversité dès qu'il s'agit du domicile de dépendance (3).

Sur ce point le domicile du mineur, de la femme mariée, de la femme séparée de corps pourront être très différents selon la loi d'après laquelle on les envisage. Il convient donc de savoir avant tout quelle est la loi qui doit s'appliquer à la détermination du domicile (4).

De plus, à cause précisément de ces règles diverses, il faut encore savoir quelle est la notion exacte que cette loi se fait du domicile selon les hypothèses.

La législation emploie souvent le mot domicile, croyant faire appel à une idée bien connue qui supprimera toute difficulté, notre étude montrera qu'il y a là une grave erreur qui contribue au contraire à compliquer singulièrement la tâche des tribunaux et des interprètes de la loi. Mais nous voulons en donner dès maintenant une preuve, avec un imbroglio typique et fameux.

L'incertitude qui règne en France sur la signification exacte du mot « domicile », surtout lorsqu'il est appliqué à des étrangers, a eu un jour, d'après M. Pillet, dans sa note au Sirey sous Cassation, 26 mars 1897 (5), un effet assez singulier.

Il s'agit du décret du 30 juin 1860 qui prévoit pour les individus domiciliés sur le territoire sarde la possibilité d'acquérir la qualité de français, alors que l'article 6 du traité du 24 mars 1860 prévoit que cette qualité

(1) Le projet de revision du Code civil belge s'était rendu compte de cette difficulté (LAINÉ, *Etude sur le titre...*, p. 50).

(2) DE MAGALHAES, p. 32.

(3) Nous employons cette expression de préférence à celle de « domicile légal » qui est généralement usitée, pour éviter des confusions ; on désignait en effet également en notre matière, sous le nom de domicile légal, avant la loi du 10 août 1927, la situation des étrangers admis à domicile en France ; nous nommerons quant à nous ce dernier domicile : « domicile autorisé ».

(4) Sur cette diversité du domicile de dépendance en droit comparé, voir : BENNET, p. 170 ; ROLIN, I, p. 652 ; VALÉRY, § 114, p. 117 ; DE MAGALHAES, p. 48, 57.

(5) §. 1897, 1, 537.

s'étendra d'office aux individus originaires et aux individus *domiciliés*. D'où une contradiction flagrante que l'on s'est en vain évertué à éclaircir. Trois ou quatre systèmes ont été proposés, tous sans aucune chance de vraisemblance. Finalement on s'était rallié à l'opinion de M. Alauzet, haut fonctionnaire à la Chancellerie à cette époque, qui affirmait que c'était là l'œuvre « d'un ancien officier de marine porté au poste de directeur au ministère par les événements politiques, et très curieux de se donner de l'importance », qui aurait conçu ce décret sans y rien comprendre, l'aurait préparé sans être vu, l'aurait fait signer par le Garde des Sceaux, sans le lui faire lire.

M. Pillet ne peut accepter cette légende. Le rapport joint au décret lui paraît très compréhensible et susceptible de donner une solution, si on l'envisage de la façon suivante : on a entendu viser dans le décret les individus sans résidence fixe : ouvriers plâtriers, maçons, fumistes, venus de Piémont, qui travaillent ici ou là, sans être originaires ni domiciliés, donc en dehors du traité de 1860. Ce sont de bons ouvriers qu'il serait intéressant de naturaliser. Seulement, et voilà le hic, l'auteur du décret a employé le mot « domicile ».

A cela M. Pillet répond : c'est par une inadvertance regrettable et fautive d'un mot à mettre à la place dans le cas très particulier de l'espèce.

Son opinion a le mérite d'être vraisemblable, mais cela prouve la nécessité d'éclaircir sérieusement la question du « domicile ».

* * *

Notre étude ayant pour objet la détermination du domicile en droit international privé français, il convient de remarquer, avant de l'aborder, que cette détermination peut se concevoir de deux manières différentes ou plutôt que le problème de la détermination du domicile peut se poser à deux degrés différents.

Nous avons énuméré sommairement toutes les matières où le domicile a une importance ; or, dans chacun

de ces cas, ce double problème se pose de façon plus ou moins apparente.

Dans tous les cas, en effet, où il importe de déterminer quel est le lieu où se trouve le domicile d'un individu, une question préliminaire se présente fatalement : selon quelle loi, loi nationale, loi étrangère, *lex fori*, *lex situs*, va-t-on apprécier ce domicile ? Chacune de ces lois possède en effet une notion propre du domicile. Ces notions, certes, sont fréquemment voisines, mais elles peuvent être différentes (en particulier pour le domicile de dépendance). Il nous faut donc d'abord résoudre cette question, et son examen fera l'objet de notre première partie.

Une fois que nous connaissons la loi applicable à la détermination du domicile, il nous faudra approfondir la notion qu'elle en donne. Poussant plus loin l'analyse, il importera de rechercher si cette notion est la même dans le droit international que dans le droit interne, si elle est la même pour les nationaux que pour les étrangers, enfin, si elle comporte les qualités de précision, d'unité et d'identité qui lui sont indispensables, selon les différentes institutions juridiques où elle doit être appliquée. C'est cette recherche qui fera l'objet de notre seconde partie. Nous envisagerons donc le domicile aussi bien dans les conflits de lois, les conflits de juridictions et les conventions internationales, que dans la condition des étrangers et dans la nationalité, puisque ces deux dernières branches sont traditionnellement rattachées au droit international privé ; mais nous laisserons de côté les institutions qui appartiennent ouvertement au droit public et au droit international public (par exemple le domicile en temps de guerre et son influence sur la qualité de neutre ou de belligérant).

PREMIÈRE PARTIE

Le Conflit de lois sur la détermination du domicile

Nous venons de dire en quoi consistait cette première partie : il s'agit de savoir quelle sera la loi applicable à la détermination du domicile d'un individu.

Nous allons répartir cette étude de la manière suivante. Dans un premier chapitre nous examinerons en quoi consiste le problème que nous abordons, il constituera une prise de contact très générale, nécessaire pour nous initier aux difficultés que nous rencontrerons.

Ainsi éclairé nous partirons dans un chapitre second à la recherche d'une solution. Après avoir parcouru dans ce but la doctrine et la jurisprudence, nous énoncerons la règle que nous proposons personnellement.

Dans un chapitre troisième nous justifierons cette règle, et, en envisageant l'application suivant les différents domaines du droit international privé, nous montrerons la supériorité de la formule que nous avons adoptée sur celles qu'on lui oppose.

Dans un chapitre quatrième nous étudierons encore l'application de notre règle de solution, mais cette fois suivant les différentes modalités juridiques du domicile.

Enfin un chapitre cinquième recueillera les réflexions générales que nous aura inspirées cette première partie, et qui en formeront la conclusion.

CHAPITRE PREMIER

Le problème

Ce chapitre comprendra quatre sections.

La première établira le caractère inévitable et général du conflit de lois sur la détermination du domicile, son importance et la façon dont il se pose.

La seconde examinera combien souvent et dans quelles circonstances ce problème a été agité par les auteurs de la doctrine.

La troisième accomplira le même travail au sujet de la jurisprudence.

Enfin la quatrième montrera la place que le problème que nous étudions occupe dans le droit positif.

Nous aurons ainsi été mis en face de tous les éléments dont nous disposons pour le travail que nous entreprenons dans cette première partie, nous aurons pu en mesurer les difficultés et nous faire une idée plus exacte du but à atteindre.

SECTION I

Importance du problème

§ 1. — Mécanisme du conflit que nous étudions.

§ 2. — Matières dans lesquelles il intervient : n° 1. Domaine international (traités de droit privé ; traités d'annexion) ; n° 2. Domaine national (conflit de lois, conflits de juridictions ; nationalité ; condition des étrangers.)

§ 1. — *Mécanisme du conflit que nous étudions*

Toutes les fois où un tribunal doit, dans un but quelconque, déterminer et apprécier le domicile d'un individu qui n'est pas un régnicole ou qui n'est pas présent sur le territoire, un conflit de lois surgit inmanquablement entre la loi nationale de l'individu, la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'individu est présent et la loi du tribunal saisi. Nous ne citons que ces trois lois bien déter-

minées, mais d'autres encore pourraient venir en concours : par exemple, la loi du lieu où l'individu possède des immeubles ou des meubles, et où il prétend avoir fixé son domicile, laquelle loi peut être différente des trois précédentes et ainsi de suite.

Prenons immédiatement un exemple. Un étranger meurt sur le sol français. Les difficultés relatives à sa succession sont portées devant un tribunal français. Celui-ci doit d'abord se demander s'il est compétent. La règle française de droit international privé, que le tribunal doit appliquer, décide que le tribunal compétent est celui du lieu de l'ouverture de la succession, et que la succession s'ouvre au lieu du domicile du défunt. Tout est-il résolu par cela même ? Le tribunal compétent (il n'est question jusqu'ici, bien entendu, que du lieu d'ouverture de la succession et non de la dévolution) est-il connu *ipso facto* ? Non, bien certainement. Il reste encore une question à résoudre : où se trouve le dernier domicile du *de cujus* ? Ce n'est que lorsque ce dernier domicile aura été déterminé que le tribunal compétent sera connu. Comment alors déterminera-t-on le domicile ? Ici surgit le conflit de lois que nous allons étudier : sera-ce selon la loi française envisagée tant comme *lex fori* que comme loi du lieu du décès, ou au contraire selon la loi étrangère, loi nationale du *de cujus*, que le domicile devra s'apprécier ? Selon que l'on adoptera l'un ou l'autre de ces systèmes, il pourra très bien arriver que les circonstances de la cause aboutissent à fixer le domicile du défunt, soit en France, soit à l'étranger ; et le tribunal compétent, celui du lieu de l'ouverture de la succession, sera alors un tribunal français ou un tribunal étranger. On aperçoit donc immédiatement que la solution définitive du conflit pris en bloc est absolument subordonnée à la solution du conflit sur la détermination du domicile. C'est lorsque ce deuxième conflit sera résolu, et alors seulement, que l'on connaîtra le lieu d'ouverture de la succession, et par suite le tribunal compétent.

§ 2. — *Matières dans lesquelles intervient ce conflit*

Cet exemple choisi pour sa simplicité suffit à montrer le mécanisme que nous nous proposons d'étudier dans la première partie de ce travail. Mais il va de soi que le même conflit se présente chaque fois que le domicile intervient dans la vie juridique, chaque fois qu'au domicile est attribué un effet quelconque que les tribunaux ont à sanctionner. C'est ce que nous allons montrer et nous essaierons même de classer sommairement les différentes matières de droit international privé où le domicile apparaît et où, par suite, sa détermination présente un intérêt.

N° 1. — *Domaine international.* — Tout d'abord, le conflit de lois sur la détermination du domicile peut se poser dans le domaine des traités et conventions internationales où plusieurs souverainetés ayant leur législation propre ont traité d'égal à égal comme cocontractants. Il peut se faire qu'un traité international entre deux ou plusieurs Etats contienne pour certaines matières (compétence, procédure, succession, tutelle, mariage, faillites, mesures provisoires, etc...) une référence expresse à la loi du domicile, ou fasse du domicile une condition pour l'obtention de certains droits (assistance judiciaire, etc...). Dans ce cas si la convention ne définit pas ce qu'elle entend par domicile, et si chacun des Etats contractants possède une notion propre, plus ou moins difficilement conciliable avec celle des autres Etats, laquelle de ces notions conviendra-t-il d'appliquer ? Ce problème est d'autant plus important que la clause de la nation la plus favorisée permet peut-être à un nombre considérable de pays de revendiquer le bénéfice des traités franco-suisse du 15 juin 1869 et franco-belge du 8 juillet 1899, pour ne citer que ceux-là (1).

Pour prendre un exemple tiré de l'une de ces conventions, supposons qu'un suisse assigne devant un tribunal

(1) Cf. sur ce point, M^{lle} Suzanne BASDEVANT, *Rep. Droit international*. V° *Clause de la nation la plus favorisée* ; et BARTIN, *Principes*, I, § 50.

français un de ses compatriotes en paiement d'une certaine dette. Le défendeur prétend qu'en vertu de l'article 2 de la convention franco-suisse le tribunal français n'est compétent que si les suisses sont tous deux domiciliés en France, alors que son adversaire ne remplit pas cette condition. Le tribunal devra donc examiner ce point, mais pour savoir si l'étranger est oui ou non domicilié ou résidant en France comme l'exige le traité, appliquera-t-il la loi suisse ou la loi française ?

Dans le domaine international, en second lieu, il faut également remarquer que bon nombre de traités diplomatiques de paix ou d'annexion contiennent une clause prévoyant une influence du domicile (passé, actuel ou futur) sur la nationalité à venir de la population des territoires annexés. Quel sera ce domicile ? A quelle loi appartient-il de le définir ? Le conflit qui se pose immédiatement est d'une importance considérable.

N° 2. — *Domaine de la souveraineté nationale.* — Dans un second domaine, il s'agira de l'application de règles ou de textes où il n'y aura plus collaboration directe d'une souveraineté étrangère avec la souveraineté nationale. Le problème du domicile et le conflit qui en résulte, s'agiteront simplement à propos de l'application des règles et principes posés par un seul pays. Du point de vue du droit français particulièrement, il semble que l'on puisse diviser ce second domaine en trois catégories distinctes.

Dans la première nous rencontrerons les différents cas où la règle de conflit française attribue compétence à la loi du domicile d'un individu (il s'agira alors de l'application d'une règle de conflit de lois), ou attribue compétence au tribunal du domicile d'un individu (il s'agira alors de l'application d'une règle de conflit de juridictions). L'application d'une règle de conflit de lois sera par exemple subordonnée à la détermination du domicile dans tous les cas où la loi du domicile supplée à la loi nationale, soit que l'individu en cause n'ait pas de nationalité certaine, soit, ce qui revient au même, qu'il en ait plusieurs. Dans ces cas en effet, par un vestige de sa

prééminence antique, le domicile est investi de la mission fondamentale de doter cet individu d'un statut personnel.

Il y aura encore application d'une règle de conflit de lois, subordonnée à la détermination préalable du domicile, dans le cas de la dévolution de la succession mobilière, laquelle est régie, selon les règles françaises de droit international privé, par la loi du dernier domicile du *de cuius*.

De même, d'après la doctrine et la jurisprudence françaises, si le lieu du domicile matrimonial ne détermine pas, *ipso facto*, la loi applicable au régime légal des étrangers mariés sans contrat, il forme tout au moins le plus important des éléments permettant de présumer l'intention des époux. Que faut-il entendre alors par domicile matrimonial ? La *lex fori*, les lois nationales de chacun des époux, la loi du lieu où le mariage a été célébré, les lois de l'habitation réelle de chaque époux, avant et après le mariage, peuvent toutes, à des titres divers, prétendre imposer leur interprétation.

Dans ces matières, la règle de conflit qui attribue son importance au domicile est bien établie en doctrine et en jurisprudence. Mais d'autres matières, au sujet desquelles il y a discussion à l'heure actuelle, devront, si l'on tranche la controverse en faveur de la prépondérance du statut domiciliaire, rentrer elles aussi dans cette première catégorie. C'est ainsi que si l'on doit confier à la loi du domicile la solution des conflits en matière de tutelle, d'effets personnels et de mode de dissolution du mariage, d'absence de régime des meubles, de testaments, voire même de contrats, le problème de la détermination du domicile se posera en ces matières dans les mêmes conditions que précédemment, et il faudra, avant d'apprécier en fait ce domicile, connaître la loi qui en fournira la définition et les éléments.

Il y aura au contraire application d'une règle de conflit de juridictions subordonnée à la détermination du domicile dans l'exemple que nous avons analysé au début : recherche du lieu d'ouverture de la succession et, par suite, du tribunal compétent pour en connaître.

Le même conflit se présentera encore en matière de

compétence personnelle ou mobilière : si l'on autorise un étranger à assigner un autre étranger en France par application de la règle : *actor sequitur forum rei*, en raison de ce que le défendeur possède son domicile en France, à quelle loi empruntera-t-on les éléments de ce domicile pour établir qu'ils sont réunis dans l'espèce ? Inversement, si l'on exige du défendeur qui excipe de son extranéité la preuve qu'il possède à l'étranger un domicile où le demandeur puisse l'assigner pour obtenir justice, sera-ce à la lumière de la loi française ou au contraire de la loi étrangère qu'il faudra examiner et peser le domicile prétendu ?

Sans sortir des questions de compétence, il est enfin admis en France et par diverses conventions internationales que le tribunal saisi d'une demande d'exequatur doit examiner si la décision qu'on lui soumet a été rendue par un tribunal compétent. Selon quelle loi vérifiera-t-il cette compétence ? La question ne nous intéresse pas directement et nous verrons qu'il faut peut-être distinguer dans ce cas entre différentes hypothèses, mais il nous suffit de savoir que le domicile joue en matière de compétence un rôle prépondérant pour comprendre tout l'intérêt qui s'attache à la question de savoir selon quelle loi on appréciera le domicile.

Qu'il s'agisse d'un conflit de lois ou d'un conflit de juridictions, il faut déterminer le domicile afin de pouvoir procéder par la suite à l'application de la *lex domicilii* à un conflit préexistant sur le fond ou sur la compétence ; mais même en dehors de tout conflit préexistant, la question de la détermination du domicile peut revêtir un intérêt en matière de droit international privé, et dans tous ces cas un conflit de lois se présente pareillement sur ce point spécial. C'est pourquoi nous nous proposons de ranger dans une seconde catégorie toutes les hypothèses où le domicile apparaît comme une condition exigée par la loi française pour l'exercice d'un droit ou l'acquisition d'une qualité, qu'il s'agisse par exemple des conditions nécessaires à l'acquisition de la nationalité française ou simplement de la jouissance des droits civils, tels que le droit d'affouage (pour lequel le code forestier exige un domicile réel et fixe). Si la solution du conflit, ainsi que

nous le verrons, ne fait guère de doute, théoriquement il se pose quand même. Etant donné les controverses que soulève le droit pour les étrangers de posséder un véritable domicile, surtout avant la loi du 10 août 1927, il y a tout au moins un intérêt incontestable à savoir si un domicile envisagé selon la loi nationale par exemple, ne pourrait pas, dans ces divers cas, suffire à l'étranger.

Voici donc simplement énumérés et hâtivement classés les différents cas où va se poser le problème de la détermination du domicile. Dans chacun de ces cas, il faudra d'abord résoudre le conflit entre les diverses lois que les circonstances de la cause mettront en présence, et qui toutes, à un titre quelconque, pourront prétendre imposer ou faire respecter leur notion propre du domicile. Donc le conflit de lois en cette matière est inéluctable.

Nous avons signalé dans notre introduction l'importance du domicile en droit international, cette importance se reporte toute entière sur le conflit auquel la détermination du domicile donne naissance. Selon qu'on s'en remettra à telle ou telle loi du soin de décider en quel lieu se trouve le domicile d'un individu, des conventions internationales s'appliqueront ou ne s'appliqueront pas, un tribunal donné sera compétent ou ne le sera pas; un étranger jouira de certains droits ou avantages ou n'en jouira pas; la loi applicable à la dévolution de la succession, au régime matrimonial, à toute la vie juridique d'une personne (puisqu'il pourra même arriver que sa capacité et son état soient en jeu) sera, selon la solution donnée au conflit, telle ou telle loi, entièrement différentes peut-être l'une de l'autre, et donnant à un même litige des solutions diamétralement opposées. L'intérêt qui s'attache à ce conflit est donc de tout premier ordre et lui fait prendre rang en importance immédiatement après le conflit sur la nationalité, avec lequel il présente d'ailleurs certaines analogies, qu'il convient cependant de ne pas exagérer, ainsi que nous le verrons plus loin.

SECTION II

Le problème dans la doctrine

- § 1. — La détermination du domicile dans l'ancien droit (difficultés matérielles ; dispositions des coutumes au sujet du domicile ; unité des solutions).
- § 2. — Les auteurs français depuis le Code civil.
- § 3. — Les auteurs étrangers.

§ 1. — *La détermination du domicile dans
l'ancien droit*

La détermination du domicile dans l'ancien droit offrait plus d'importance encore que de nos jours ; le domicile ayant des effets plus étendus, les parties avaient un grand intérêt à ce qu'il soit fixé dans un lieu plutôt que dans un autre, et Froland notait précisément que l'on s'efforçait d'obscurcir la question des deux côtés de la barre.

N° 1. — *Les difficultés matérielles.* — Il suffit de consulter les anciens auteurs ou les anciens recueils pour s'apercevoir de la place énorme qu'occupait alors la détermination du domicile, et les difficultés considérables qu'elle soulevait. Ces difficultés ont donné lieu d'ailleurs à des arrêts fameux. Les auteurs les ont relevés et ils en ont tiré une théorie générale du domicile destinée à permettre la solution des difficultés de ce genre.

Il est donc inexact de dire, comme le fait Loiseau, que les praticiens de l'ancien droit qui faisaient un si grand usage du domicile, n'en ont ni défini la notion, ni justifié les applications. Il est certain que les spécialistes des questions mixtes n'ont pas consacré de développements suffisants à cette idée fondamentale, mais on trouve des dissertations très copieuses sur le domicile chez la plupart des auteurs ou des commentateurs (1). On y trouve

(1) En particulier : D'ARGENTRÉ sur les articles 9 et 449 de la Coutume de Bretagne ; BASNAGE, II, p. 492 sur l'article 546 de la Coutume de Normandie ; LAUTERBACHIIUS, II, p. 1320-1355, où se trouve une très

en particulier, une grande profusion de règles concernant le mineur, la femme mariée, la veuve, les princes, les évêques, les cardinaux, les abbés commendataires, les officiers de la couronne, les officiers des gardes, les officiers de la maison du roi, les gentilhommes servant par année, semestre ou quartier, les marchands, les soldats et les prisonniers. On y voit également que l'on reconnaissait déjà à cette époque quatre ou cinq sortes de domiciles : domicile d'origine, domicile naturel ou de famille, domicile de dignité, ou légal ou statutaire, domicile d'élection ; de Perchambault sur l'art. 475 de la coutume de la Bretagne en compte jusqu'à six.

Mais nous n'avons absolument rien découvert en ce qui concerne le conflit de lois sur la détermination du domicile. Tous les auteurs insistent pourtant sur les difficultés que font naître cette détermination. Basnage dit sur l'art. 546 de la coutume de Normandie (1) : « La question du domicile est souvent difficile à résoudre parce qu'il s'y rencontre du fait et du droit ». Bouhier remarque de même (2) : « Comme dans la plupart des contestations qui naissent à l'occasion des questions qui viennent d'être traitées, la plus grande difficulté est souvent de connaître le véritable domicile des personnes, et que cette matière est ordinairement très épineuse, ainsi que d'autres l'ont observé, il est à propos de dire ici un mot des principes qui peuvent servir à démêler en ce cas la vérité ». Nous avons déjà dit que Froland déplorait que cette question fût obscurcie à plaisir par les parties, de sorte que : « il faut avouer que cette matière est sou-

complète « *disputatio inauguralis de domicilio* » ; TRONCON, p. 780 sur l'article 360 de la Coutume de Paris ; BOURJON, I, p. 106, titre IX « du domicile » ; Le Scholiaste de François Périer : Question 347, n° 15 ; arrêtiste du *Journal du Palais*, I, p. 104, sous l'aff. du prince de Guimené ; BRILLON, V° *Domicile* ; FERRIÈRE, I, p. 1327, sur l'article 88 de la coutume de Paris, et II, p. 1296, glose 2, sur l'article 173 de la coutume de Paris ; LAURIÈRE, I, p. 222 sur l'article 88 de la Coutume de Paris ; POTHIER, I, p. 3 à 6 ; DENISART, VI, p. 651 à 685, V° *Domicile*. Ajouter les spécialistes des questions mixtes : FROLAND, *Mémoire sur le Velléen* ; BULLENOIS, *Traité* I p. 834 ss. ; BOUHIER, I p. 417-419 et 443 et 449.

(1) II, p. 492.

(2) P. 443, n° 169.

vent très épineuse (1) ». Enfin l'arrêtiste du journal du Palais note sous l'affaire de Guimené (2) : « Et d'autant que ces questions de domicile sont *très fréquentes et très difficiles*, j'ai cru que je devais ici ajouter quelques remarques générales que j'ai faites sur le domicile selon le droit romain et selon nos mœurs. Les questions de domicile sont très difficiles à résoudre parce que peu de coutumes l'ont réglé, et que d'ailleurs, comme il consiste dans le concours du droit et du fait, on est toujours fort en peine pour concilier ces deux choses parmi la variété des actes différents selon lesquels il faut juger du domicile ».

N° 2. — *Dispositions des coutumes au sujet du domicile.* — Comment se fait-il qu'à toutes ces difficultés, qui ne sont pour la plupart que des difficultés de fait, l'ancien droit n'ait pas ajouté le conflit sur la loi applicable à la détermination du domicile ? La dernière citation que nous venons de faire nous l'apprend : c'est que peu de coutumes ont réglé la question. Pour que le conflit de lois ait pu se poser, il eut fallu que la notion du domicile ne fût pas la même dans les différentes coutumes du royaume, or il apparaît bien, au contraire, que l'on suivait dans toute la France, et même dans les pays voisins, des règles identiques.

Nous n'avons relevé que deux textes de coutumes relatifs aux conditions de réalisation du domicile : L'un est l'art. 449 de la coutume de Bretagne au chapitre « des Bâtards », ainsi conçu : « Et sera réputée résidence propre le lieu où l'on est nourri, ou le lieu où l'on réside avec sa femme, ou le lieu où on a demeuré par l'espace de dix ans continuellement prochain avant le décès ».

Bourjon nous dit que ce texte de la Coutume de Bretagne « forme sur ce une espèce de droit commun de la France » (3) et Denisart (4) qu'il est « adopté par les meilleurs auteurs ».

L'autre est l'art. 173 de la nouvelle Coutume de Paris

(1) Mémoire sur le Velléien, p. 262.

(2) I, p. 104.

(3) I, p. 106.

(4) V° *Domicile*, § 1, n° 7, p. 656.

(art. 192 de l'ancienne Coutume) qui dispose : « Par privilège usité quiconque est bourgeois demeurant et habitant à Paris, et par an et jour y a demeuré, il peut procéder par voie d'arrêt sur les biens de ses débiteurs forains trouvés en icelle ville, posé qu'il n'y eût obligation de cédule ».

Mais il ne faudrait pas croire que ces deux articles soient le moins du monde équivalents à ce qu'est en droit français moderne l'art. 102 C. c. par exemple. L'article de la Coutume de Paris est spécial au privilège des bourgeois, il n'a pas un caractère général et ainsi que le dit l'arrêtiste du journal du Palais, « il a seulement voulu établir le domicile à l'effet du privilège particulier dont il parle ». Ainsi l'entendait Dumoulin, puisque, dans sa note sous cet article, il déclare que ce délai n'est même pas nécessaire lorsque l'on possède à Paris un domicile véritable : « *hoc non est necesse si constat de destinato notabili domicilio, in dubio annus faceret praesumptionem* ».

Par suite, lorsque Bourjon dit : Le domicile s'acquiert par an et jour et non par un temps plus bref, si ce n'est pour la célébration du mariage, par rapport à laquelle il y a des distinctions à faire », et Brillon (citant les décisions du premier Président de Lamoignon commentées par Auzanet) ; « Domicile s'acquiert par an et jour de demeure », il faut bien se garder de prendre dans leur sens littéral ces formules, vestiges des anciennes règles féodales sur le servage et la territorialité.

Quant à l'art. 449 de la Coutume de Bretagne, il était directement inspiré d'un texte romain (Code, *de incolis* § 2), et constituait non pas une prescription de la loi, mais une simple présomption destinée à sortir d'embarras lorsqu'aucun indice ne pouvait être relevé d'une volonté conforme ou d'une volonté contraire à l'établissement matériel.

C'est ce que dit d'ailleurs d'Argentré dans son commentaire sur cet article, notant au surplus que, d'une part le domicile peut s'acquérir en un seul jour si la volonté est conforme, et d'autre part qu'il ne peut jamais s'acquérir si la volonté est contraire : « *In casu dubio statuit, nam*

uno solo die constituitur si de voluntate appareat ; sin dubium est, justa praesumptio est, de eo qui totos decem annos alicubi de deredit sedit, nam nulla tempora domicilium constituunt aliud cogitanti ». Et il cite l'exemple des exilés, des ambassadeurs, des étudiants et du duc Jean de Bretagne qui, malgré une captivité de quarante ans en Angleterre, avait cependant conservé son domicile, « *cum semper reditum cogitaret et recuperandae fortunae desiderio teneretur* ».

C'est l'avis unanime de la doctrine : le fait n'est rien sans l'intention ; ni l'art. 173 de la Coutume de Paris, ni l'art. 449 de la Coutume de Bretagne ne posent de règles impératives. Ferrière commentant le premier, déclare : « J'estime que ce temps n'est pas nécessaire, dès qu'il est constant d'un nouveau domicile effectif et perpétuel ». Il cite l'avis conforme de Brodeau qui affirme aussi que le domicile est établi dès sa translation avec tous ses effets, et que si l'individu vient à mourir peu de temps après, ses meubles seront dévolus d'après la loi de ce nouveau domicile. De même Froland dans l'affaire de la dame de Grippon, veuve du marquis de Monimes (*loc cit.*). Tous se réfèrent d'ailleurs au texte fondamental de d'Argentré. Dumoulin dans son *Consilium* 31, n° 21, avait soutenu la même théorie, (cité par Bouhier p. 445).

Lauterbachius avait interprété de la même façon le texte romain dont s'est inspiré la Coutume de Bretagne : « *errant igitur qui existimant domicilium decem annis praescribi ; praescriptio enim non est modus domicilium constituendi, sed dominium acquirendi, et nisi aliae conjecturae accesserint, exinde nihil concluditur* ».

N° 3. — *Unité des solutions.* — D'où venait donc cette unité accusée par tous les auteurs, et à laquelle nous venons de le voir, les seuls textes existants ne mettaient pas obstacle ? Il n'est besoin que d'ouvrir un des ouvrages que nous avons cités pour s'en rendre compte : dans le silence des coutumes, toute la matière du domicile était réglée par le droit romain. C'est ce que l'arrétiste du journal du Palais dit expressément (*loc. cit.*) : « Comme nos coutumes ne se sont point expliquées de ce qui cons-

titue le domicile, nous avons recours au droit romain ». Tous les auteurs ont cité les lois romaines, tous les arrêts les ont invoquées (1).

Chaque fois qu'il est question du domicile, on trouve toujours l'une ou l'autre de ces trois descriptions tirées des textes du Digeste, commentées par tous les juristes et que d'Argentré a mises en relief avec une parfaite netteté.

La première est exposée par Ulpien au Digeste, *ad municipalem* § 27 : « *Si quis negotia sua, non in colonia sed in municipio semper agit ; in illo vendit, emit, contrahit, eo in foro, balneo, spectaculis utitur ; ibi festos dies celebrat omnibus denique municipii commodis, nullis coloniarum fruitur ; ibi magis habere domicilium quam ubi colendi causa diversatur* ». D'Argentré ajoute d'ailleurs à ces éléments le lieu où la personne fait ses Pâques, lequel, en ces temps chrétiens, était une marque d'une importance indubitable.

La seconde est tirée de la loi *de incolis* § 7 du Code : « *et in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem, rerumque, ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus discessurus si nihi avocet ; unde cum profectus est peregrinari videtur ; quo si rediit, peregrinari jam destitit* ».

La troisième figure également au Code, *de verborum et rerum significatione* : « *eam domum unius cujusque nostrum existimari debere, ibi quisque sedes et tabulas haberet, suarumque rerum constitutionem fecisset* ».

A ces descriptions il convient d'ajouter la disposition de la loi II du Code sur le domicile des sénateurs : « *Senatores ubi larem foveant, aut ubi majorem bonorum partem possident aut ibi assidue conversantur, respondebunt* » et

(1) Aff. de l'évêque de Coutances de Lesseville, 8 mars 1667, rapportée par Ferrières ; aff. de la dame de Grippon rapportée par Froland ; aff. de la Fontelaye du 17 juin 1679, rapportée par Basnage ; aff. du prince de Guimené, 6 septembre 1670, rapportée au *Journal du Palais* ; aff. du Cardinal de Rambouillet, rapportée par Brodeau ; aff. du comte de Comenge, mars 1715, rapportée par Brillon ; aff. Garengneau, de Gassion, 5 mars 1762, de Saint-Aignan, 3 février 1764, de Courtavel, 11 mars 1783, de Rouvray, 2 août 1726, de Choiseul, 31 août 1769 ; rapportées par Denisart.

celle de la loi *de incolis* § 8 : « *senatores in sacratissima urbe domicilium dignitatis habere videntur* » ; ces textes ont été invoqués à propos des cardinaux et des ducs et pairs.

Voilà donc quels étaient dans l'ancien droit les principes qui formaient le droit commun de la France, et vraisemblablement des Etats voisins. Il s'ensuivait que la notion de domicile et sa réglementation étant uniforme aucun conflit ne pouvait s'élever à cette époque sur la loi applicable à sa détermination. Il en était de tous les procès comme de l'affaire de Saint-Aignan où Denisart nous dit que « les parties convenaient des principes sur le domicile, elles ne se divisaient que sur l'application ».

On ne peut donc trouver dans la tradition historique de l'ancien droit une solution au problème que nous allons étudier dans notre Première partie.

§ 2. — *Les auteurs français depuis le Code civil*

Le Code civil abandonna pour la nationalité le domicile qui passa ainsi au second plan. Mais son importance restait encore trop considérable pour que la doctrine n'envisageât pas sérieusement le problème de sa détermination, et ne découvrit pas le conflit qui se pose dès le seuil.

Parmi les auteurs français modernes de traités généraux, Audinet, Surville et Arthuys, de Vareilles-Sommières sont les seuls chez qui nous n'ayons trouvé aucune allusion à cette question. Par contre, dès 1847, Foelix avait peut-être aperçu la difficulté (1). Durand (2) et Brocher (3) l'avaient nettement signalée en 1884 ; quelques années plus tard, Vincent et Pénaud dans leur Dictionnaire de droit international privé (4) indiquaient ce conflit liminaire et Loiseau l'a nettement exposé en 1893 dans son étude sur « Le domicile considéré comme principe de compétence judiciaire ». Signalons aussi que

(1) I, p. 81, édition Demangeat.

(2) P. 373.

(3) I, p. 248.

(4) V^o *Domicile*, n^o 1-3 bis.

de Boeck, inspiré peut-être par sa mise à jour du traité de Despagnet qui avait étudié la question (1) a également attiré l'attention sur ce point dans une note sous l'arrêt de Bruxelles 24 décembre 1887 (2).

Au début de ce siècle, Rolin (3) a examiné ce point délicat et il a inspiré probablement les réflexions que lui consacra dans sa thèse M. Donnedieu de Vabres (4). Colin semble l'avoir soupçonné dans sa note sous l'arrêt de Pau du 11 juin 1906 (5). Il ne pouvait échapper non plus à Weiss qui l'expose au tome III page 320 de son *Traité théorique et pratique*. Après lui Valéry (6) entreprend la même discussion et lui donne la même solution. Vers la même époque Travers (7) a effleuré la question sans en saisir toute l'ampleur.

Aussi est-on étonné d'entendre Pillet, parlant du domicile (8) s'exprimer ainsi : « Le domicile n'est pas, en effet, comme la nationalité par exemple, une relation d'origine purement juridique et dont les éléments dépendent de la volonté éminemment variable des divers législateurs. Le domicile est une notion de fait, et les faits qui servent à le constituer sont les mêmes dans tous les pays ; c'est toujours le caractère principal de l'établissement formé par la personne dans un pays et l'intention de constituer cet établissement à titre définitif qui font dire que cette personne a son domicile dans ce pays. Chez toutes les nations cette notion de fait se trouve identique et de là résulte naturellement un grand avantage, qu'en cette matière du domicile il y a unité de vues entre les diverses législations et que dès lors, à la seule condition de s'en tenir à cette notion élémentaire, l'on n'est pas exposé, comme en matière de nationalité, à se heurter à des conflits qu'aucune théorie internationale ne peut résoudre ». C'est proprement la négation du conflit

(1) N° 157, p. 500.

(2) Dalloz, 1889, II, 97.

(3) I, p. 650.

(4) P. 125, note 2 ; p. 191, note 1 ; p. 515, note 4.

(5) Dalloz, 1907, II, 1.

(6) N° 116.

(7) Convention de La Haye sur le divorce, n° 21 et suivants.

(8) I, p. 286.

de lois sur la détermination du domicile, négation qui repose sur une appréciation erronée du droit comparé. Du reste quelques pages plus loin (1), l'éminent auteur doit convenir qu'« au sujet du domicile légal une question assez délicate se présente. Quelle loi devrait être appliquée ? Sera-ce la loi du rapport de droit duquel dérive le domicile légal, et comme les questions de domicile légal se posent au sujet de personnes soumises à l'autorité d'autres personnes, sera-ce le statut personnel des intéressés que l'on devra consulter ? Sera-ce au contraire la loi du territoire sur lequel le domicile est établi ? Nous ne croyons pas que la question se soit posée en pratique, elle est assez douteuse ».

Aussi lors de la parution en 1924 du traité rédigé par MM. Pillet et Niboyet trouve-t-on à la page 533, le problème que nous étudions et la solution proposée par ces auteurs. Mais c'est certainement à M. Niboyet que revient le mérite d'avoir particulièrement mis en relief le problème que pose la détermination du domicile et de l'avoir placé sur son véritable terrain. Reprenant au numéro 563 de son Manuel la question qu'il avait déjà ébauchée en note sous un arrêt de cassation du 23 avril 1925 (2) il a projeté sur le conflit de lois qui surgit en cette manière et sur la matière du domicile en droit international privé tout entière une lumière utile et nouvelle. Il est le seul notamment à faire clairement remarquer que la détermination du domicile peut offrir des difficultés particulières lorsqu'il est visé dans une convention internationale. Un des traités les plus récents, celui de M. Arminjon, n'a pas manqué de faire place au conflit de lois sur la détermination du domicile (3). Et il figure également dans le petit Précis Dalloz dû à M. Lerebours-Pigeonnière (4).

Nous verrons d'ailleurs en détail au chapitre II, en recherchant la solution qu'il convient de donner au

(1) P. 298.

(2) Sirey, 1927, 1, 57.

(3) II, p. 24, p. 30 et suivantes.

(4) N° 337, p. 320.

conflit que nous étudions, les systèmes proposés par ces différents auteurs.

§ 3. — *Les auteurs étrangers*

Dans la doctrine étrangère le problème n'est pas passé davantage inaperçu. En dépit de Weiss qui prétend que « la question n'existe pas pour les auteurs et pour les législations qui confondent encore la loi personnelle avec la *lex domicilii*, et que dans ce cas : « l'application de la loi du domicile à la solution des difficultés internationales d'ordre privé supprime en cette matière toute cause de conflit », c'est au contraire dans le droit anglo-américain que la question que nous étudions a été le plus clairement aperçue et le plus souvent débattue. Cela tient à ce que Weiss ne conçoit le conflit qu'entre deux lois seulement : loi personnelle et loi locale ; et par cette dernière il entend indifféremment loi territoriale ou *lex fori* ainsi qu'il le reconnaît lui-même en définissant cette loi locale : « la loi du lieu où l'individu se trouve ou tout au moins ; celle du tribunal saisi du règlement de ses intérêts » sans s'apercevoir qu'il y a dans cette simple distinction la condamnation du principe qu'il vient de poser. En effet, si le conflit ne peut surgir qu'entre deux lois dont une est la loi personnelle c'est nécessairement la seconde qui doit s'appliquer sans concurrence possible, car dans les pays en question la loi personnelle ne sera connue qu'une fois le domicile déterminé.

Mais précisément, si, la loi personnelle étant ainsi éliminée, il reste encore plusieurs lois en présence, le conflit subsiste dans toute son importance. Or Weiss reconnaît lui-même implicitement qu'il en reste au moins deux, et nous avons vu que d'autres encore peuvent intervenir, notamment la *lex rei sitae*, qui est même celle généralement adoptée en droit anglo-américain pour résoudre le conflit.

Aussi les auteurs étrangers, et particulièrement ceux des pays où la *lex domicilii* détermine le statut personnel et où le domicile acquiert ainsi un surcroît d'importance ont-ils étudié particulièrement le conflit de lois que

suscitait sa détermination. Un des jurisconsultes anglais les plus importants, Dicey, a longuement exposé la question (1) et un article anonyme de la Revue de droit international privé 1908, page 392, étudie sur ce point particulier les tendances de la jurisprudence anglo-américaine. M. Lorenzen doyen de l'Université de Washington dans une dissertation au Clunet 1911, p. 5 et suivantes, et M. Bentwich au Clunet 1912, p. 176 examinant la question du renvoi dans leurs pays respectifs, sont amenés à approfondir la notion de domicile et à rechercher la loi selon laquelle elle doit être appréciée. En Italie Fiore a fait de bonne heure une place importante au conflit de lois sur la détermination du domicile (2).

Enfin c'est un auteur étranger, M. de Magalhaes professeur à la Faculté de Lisbonne, qui a porté cette grave question au premier rang des préoccupations internationales en lui faisant une place dans le cours qu'il professa en 1928 à l'académie de droit international de la Haye. C'est à lui qu'on doit la rédaction des projets de convention internationale sur cette matière, projets que l'on trouvera reproduits dans notre section IV.

SECTION III

Le problème devant la jurisprudence

§ 1. — Carence de la jurisprudence française sur ce point.

§ 2. — Comment elle soupçonna la question en cas de renvoi ; en cas de convention internationale ; en cas d'exequatur ; pour l'application des arrêtés monétaires.

§ 3. — Le problème dans la jurisprudence étrangère (Angleterre ; Belgique ; Suisse ; Portugal ; Pays-Bas).

§ 1. — *Carence de la jurisprudence sur ce point*

Le conflit de lois sur la détermination du domicile a donc été fort bien aperçu de la doctrine française et étrangère. Aussi est-il d'autant plus surprenant de cons-

(1) Conflicts of laws, p. 106, 5^e éd.

(2) N^o 411 ss., I, p. 475 ss. ; et n^o 1360 ss., III, p. 532 ss.

tater la carence presque complète de la jurisprudence française sur ce point. L'explication en est probablement dans ce fait que les tribunaux n'ont à se prononcer que sur les difficultés qui se présentent devant eux dans la pratique sans se soucier de difficultés théoriques qui ne leur ont pas été soumises. Or, ainsi que nous l'avons fait remarquer, le domicile est une notion de droit mêlée d'éléments de fait et ces éléments de fait sont tellement prépondérants que dans la quasi-unanimité des procès la détermination du domicile ne fait guère de doute et les juges en constatent l'existence comme une chose toute naturelle, sans motiver leur affirmation. Ce n'est que lorsque la question est soulevée par une des parties qui prétendra n'être pas domiciliée dans un lieu (et elle ne pourra le plus souvent soutenir une telle prétention qu'en arguant d'une notion étrangère selon laquelle son domicile devrait s'apprécier), que la jurisprudence placée ainsi en face du problème sera mise en demeure de se prononcer. Or, ignorance des individus ou manque d'hypothèses favorables, un cas véritablement net ne s'est à peu près jamais présenté.

§ 2. — *Cas où elle a soupçonné la question*

Il y a cependant trois situations qui ont attiré l'attention des tribunaux sur un conflit possible : la détermination du domicile sur renvoi d'une loi étrangère, la détermination du domicile pour l'application d'une convention internationale et la détermination du domicile pour la vérification de la compétence d'un tribunal étranger en matière d'exequatur.

N° 1. — *En cas de renvoi.* — Nous avons déjà montré comment le problème se posait en cas de renvoi ; dans la plupart des cas en effet où l'on fait jouer cette théorie, c'est pour appliquer la loi du domicile sur renvoi de la loi nationale (nous verrons plus loin qu'il existe de nombreuses autres hypothèses). Quelle loi appliquera-t-on alors à la détermination de domicile dont dépend la loi applicable à la solution définitive d'un litige ? Sera-

ce la loi renvoyante, la loi renvoyée, la *lex rei sitae* ou la *lex fori* qui peuvent être différentes de celles-là ?

La jurisprudence a été amenée à remarquer la difficulté par un raisonnement logique assez simple : lorsqu'il s'agit en effet de procéder à la dévolution de la succession mobilière d'un étranger mort en France, les tribunaux, fidèles à la vieille règle statutaire, appliquent la loi du lieu de la situation, c'est-à-dire, en vertu de la fiction *mobilia sequuntur personam* la loi du dernier domicile du défunt. Si l'étranger en effet possède en France un domicile autorisé on applique à la succession la loi française. Mais il est arrivé le plus souvent et il arrivera toujours depuis la loi du 10 août 1927, que l'étranger n'ait pas obtenu du gouvernement l'autorisation que prévoyait l'article 13 C. c. Alors les tribunaux appliquent à la dévolution de la succession mobilière la loi nationale de l'étranger. Est-ce parce que, ainsi qu'on l'a suggéré, la jurisprudence se réfère au domicile d'origine à défaut de domicile autorisé ; est-ce simplement parce que la nationalité fait toujours présumer le domicile sur le territoire national, comme l'a dit la Cour de Paris (1) ? En tous cas ainsi que cette Cour le reconnaît elle-même, cette présomption ne devrait pas être irréfragable. On voit immédiatement combien elle est précaire : que l'on refuse à l'étranger un domicile en France, passe encore, mais que sans aucune recherche on fixe arbitrairement ce domicile dans son pays d'origine, alors que peut-être aucun des éléments de la cause n'autorise une telle induction, ce procédé est inacceptable. Rolin n'a pas manqué de le faire remarquer (2). On admet donc que l'étranger est domicilié dans son pays d'origine et on applique en conséquence à la cause sa loi nationale. Or il arrive que la législation à laquelle, on se réfère ainsi, préconise l'application de la loi du domicile. (3)

La jurisprudence dans ce cas accepte le renvoi et

(1) Paris, 12 août 1873, sous Cassation, 7 juillet 1874, S. 1874, 1, 19 ; D. 1875, 1, 271.

(2) I, p. 274.

(3) Remarquons en passant que la règle de conflit étrangère est donc la même que celle de la loi française et que cela n'évite pas le conflit.

elle se trouve alors amenée à rechercher où se trouve le domicile en question ; cette fois, chose singulière, à l'issue de ce nouvel examen, elle découvre que le *de cujus* était domicilié en France, et que la loi française doit donc régir la dévolution de sa succession mobilière. Or, l'instant d'avant, le tribunal avait refusé d'appliquer la loi française faute d'un domicile en France ; les faits de la cause étant restés les mêmes il n'y a qu'un moyen d'effacer une contradiction aussi flagrante, c'est d'admettre que les deux recherches successives sur la détermination du domicile n'ont pas été faites à l'aide de la même notion, selon la même loi (1).

C'est ce dont la jurisprudence s'est rendue compte et son observation, née à propos du renvoi en matière de dévolution successorale, s'est bientôt étendue à tous les cas de renvoi. La question du renvoi s'est posée pour la première fois devant la Cour d'Orléans en 1856, lors de l'affaire Skottowe. Or, il est à remarquer que le sieur Skottowe, défendeur qui présentait le renvoi dans son argumentation, a aperçu le conflit de lois sur la détermination du domicile, et a soutenu que ce dernier devait être déterminé uniquement à l'aide de la notion anglaise (2). La Cour qui n'avait pas saisi clairement la question et son importance ne se prononça point ; mais en 1874 surgit l'affaire Forgo et la Cour de Pau (3) ayant à apprécier le domicile du bavaïse signala brièvement qu'elle le faisait du double point de vue de la loi française et de la loi étrangère ; bien mieux la Cour de Toulouse le 22 mai 1880 (4) statuant sur la même affaire aperçut très nettement le problème, étudia scrupuleusement la notion bavaïse du domicile et l'appliqua exclusivement.

Depuis ce temps, dans diverses espèces où la détermination du domicile se posait après renvoi la jurisprudence a fait application de la notion étrangère, cumulée parfois

(1) C'est ce qu'a également remarqué Bennet, p. 167, note 1.

(2) Orléans, 17 mai 1856 ; S. 1856, II, 265.

(3) D. 1875, I, 343 ; S. 1875, I, 409.

(4) D. 1881, II, 93 ; S. 1880, II, 294.

d'ailleurs avec la notion française : Seine 22 mai 1890 (1) affaire Bourgoise ; Paris, 31 juillet 1895 (2) ; Paris, 13 mars 1899 (3) ; Pau, 19 avril 1901 ou 1902 (4) ; Aix, 9 juillet 1903 (5), affaire Marrasch ; Pau, 11 juin 1905 (6), affaire Knowles ; Grenoble, 31 mars 1908 (7) ; Nice, 11 novembre 1912 (8) ; Seine, 20 juillet 1923 (9) ; Rennes, 24 juillet 1923 (10) ; Grasse, 3 mai 1926 (11) ; Rouen, 19 décembre 1927 (12). Un arrêt de Paris du 12 avril 1929 (13) rendu dans l'affaire Marchi della Costa a marqué un revirement dans la jurisprudence ; c'est un de ceux qui ont le plus nettement aperçu le conflit.

Dans toutes ces espèces, sans exposer nettement le conflit de lois sur la détermination du domicile, la jurisprudence l'a pressenti en ce sens qu'elle a appliqué à cette recherche une notion puisée dans la loi étrangère, soit qu'elle l'ait fait concourir avec la notion française, soit qu'elle lui ait donné le pas sur elle.

N° 2. — *Dans les conventions internationales.* — Une autre série d'hypothèses où les tribunaux ont aperçu peut-être le conflit qui nous occupe comprend les cas où il leur fallut déterminer le domicile d'un individu en application d'une convention internationale. En ce qui concerne par exemple la convention franco-suisse du 15 juin 1869, un jugement du tribunal de Rennes que nous retrouverons plus loin, infirmé sur un autre point par un arrêt de la Cour locale qui fut d'ailleurs cassé, et rapporté sous Cassation, 3 juin 1874 (14) aperçut très

(1) S. 1896, II, 273.

(2) S. 1899, II, 105.

(3) Clunet, 1899, p. 794.

(4) Clunet, 1902, p. 858 et 1903, p. 875.

(5) D. 1905, 2, 73 ; S. 1905, 2, 257.

(6) S. 1908, 2, 257 ; D. 1907, 2, 1, note de M. Colin.

(7) Clunet, 1908, 837 ; S. 1908, 2, 257, 3^e espèce.

(8) Clunet, 1914, p. 204.

(9) *Gaz. Pal.*, 1923, 2, 548.

(10) Clunet, 1924, p. 410.

(11) Clunet 1928, p. 1022.

(12) Clunet, 1928, p. 1027 ; D. H. 1928, p. 208.

(13) S. 1930, 2, 129.

(14) S. 1875, 1, 249.

nettement l'importance du problème et, pour plus de sûreté appliqua à la fois la loi vaudoise et la loi française. La Cour de Paris, le 12 mai 1891 (1) par interprétation du traité de Francfort du 10 mai 1871 a recherché ce que les hautes parties contractantes avaient eu en vue en parlant de domicile et a conclu, un peu hâtivement, à l'adoption de la notion française. Toujours à propos du traité franco-suisse signalons : Paris, 29 mars 1898 (2) ; Cassation, 18 novembre 1903 (3) reproduit par Grenoble, 12 août 1908 (4).

N^o 3. — *Pour l'exequatur.* — Enfin une troisième série d'hypothèses comprend l'appréciation du domicile en matière d'exequatur. Soit qu'ils procèdent à la révision de la décision étrangère, soit que, en vertu d'un traité, ils se contentent de vérifier la compétence du tribunal qui l'a rendue, les tribunaux ont le droit et le devoir d'examiner si le domicile, qui est si souvent attributif de compétence (actions personnelles mobilières, succession, faillite, tutelle, etc.) a été correctement apprécié. Si le cas se présente très fréquemment, il est rare cependant qu'il y ait controverse sur ce point, aussi les recueils de jurisprudence contiennent-ils peu de décisions relatives à un conflit de lois sur le domicile. Citons cependant l'arrêt de la Cour de Paris du 1^{er} mai 1869 (5) confirmé le 27 avril 1870 par la Cour de cassation (6). Cet arrêt rendu dans une hypothèse très intéressante que nous analyserons plus loin ne pose pas de règle générale de solution du conflit, néanmoins on peut tirer certaines conséquences de sa solution et de son texte.

Du reste il existe de nombreuses décisions et toute une évolution jurisprudentielle sur les règles à suivre en matière de compétence exigée du juge étranger pour l'exequatur de sa décision (ce que M. Bartin appelle la

(1) S. 1891, 2, 268.

(2) D. 1898, 2, 269 ; S. 1898, 2, 240.

(3) S. 1905, 1, 265.

(4) S. 1909, 2, 175.

(5) S. 1870, 2, 10.

(6) S. 1871, 2, 91.

compétence indirecte) et les principes qui règnent dans ce domaine s'appliquent naturellement à la question du domicile qui n'en est qu'un aspect particulier.

En dehors de ces trois séries d'hypothèses particulières : renvoi, conventions internationales, exequatur, la jurisprudence française n'a pas, d'une manière plus générale, aperçu le problème dont nous nous occupons.

N^o 4. — *Dans les arrêtés monétaires.* — Signalons cependant que la Cour de Colmar avait soupçonné une autre application du conflit dans ses arrêts du 14 janvier 1925 (1). L'arrêt du 4 avril 1919 a étendu le bénéfice de la valorisation des marks prévue par l'arrêt du 26 novembre 1918 aux ressortissants des pays alliés ou neutres domiciliés en Alsace-Lorraine avant le 1^{er} août 1914. Un hollandais qui voulait payer ses dettes en marks dévalorisés prétendait que le domicile devait s'apprécier d'après la loi personnelle de l'individu, or en 1914, il avait bien un établissement en Alsace, mais sa principale demeure était en Hollande et la loi hollandaise n'admet pas la pluralité de domicile. Sa prétention fut repoussée notamment parce que « il est généralement admis que lorsqu'il s'agit de savoir si un étranger a un domicile dans le pays du tribunal, il y a lieu d'interroger non la loi personnelle de l'intéressé mais la *lex fori* ». C'était apercevoir pleinement et résoudre le conflit, malheureusement la Cour de cassation le 21 mars 1928 (2) a tranché définitivement la question en définissant le domicile prévu par l'arrêt monétaire « un établissement stable et permanent » et en posant ainsi le problème sur un terrain différent.

C'est précisément la conclusion qui s'impose à l'issue de l'examen de la jurisprudence française, et M. Niboyet n'a pas manqué d'en faire la remarque : les tribunaux ont mal posé la question, ils ont introduit dans le droit français à la faveur de l'ambiguïté de l'article 13 un véritable droit au domicile à l'exercice duquel ils ont posé des

(1) Clunet, 1925, p. 1044.

(2) D. 1928, 1, 131.

conditions. Que leur système ait été mauvais, la meilleure preuve en est qu'ils ont été incapables de lui donner l'homogénéité nécessaire, et nous y reviendrons plus loin (1), mais cela montre que nous avons raison en parlant au début de la carence de la jurisprudence française vis-à-vis du problème qui nous occupe.

Signalons cependant, avant d'en terminer sur ce point, le curieux considérant d'un arrêt de la Cour de Douai du 3 août 1858, affaire Hauël : « Attendu que d'une part la perte de la qualité de français rend désormais inapplicables au mari les dispositions de la loi française quant au domicile ». S'agit-il d'un principe général ? Quelle loi va alors remplacer la loi française ? La Cour ne le dit pas, elle ne veut pas savoir si le mari a un domicile quelque part et quelles conséquences ce domicile entraînerait. C'est qu'à la vérité il s'agit d'une solution d'espèce ; l'exclusion de la loi française, prononcée d'une manière aussi formelle n'a d'autre but que d'écarter le domicile du mari à Philadelphie, que l'application des règles françaises eût fait découvrir, et qui eût obligé les tribunaux français à se dessaisir.

§ 3. — *La jurisprudence étrangère*

Il est intéressant de rechercher si les juridictions étrangères ont eu à trancher elles aussi la question du conflit de lois sur la détermination du domicile.

Ce problème a été examiné, nous l'avons dit par les auteurs anglo-américains. Nous le retrouvons dans la jurisprudence de leur pays, étudiée notamment dans un article anonyme de la Revue de Droit international privé 1908, p. 392, et par M. Lorenzen au Clunet, 1911, p. 5.

N° 1. — *Angleterre*. — On sait qu'en Angleterre le domicile revêt une importance particulière et que sa détermination devient aussi scrupuleuse qu'en France celle de la nationalité. Appréciant le domicile de leurs nationaux à l'étranger, les tribunaux anglais, qui ont eu

(1) Ci-dessous II^e partie, chap. I^{er}, section 3.

fréquemment à se préoccuper de la question, l'ont fait, en général, selon la loi anglaise. Mais on soutient parfois en Angleterre que personne ne peut acquérir un domicile de choix en pays étranger, à moins que cette personne ne soit admise à domicile selon les termes de la loi de ce pays. Il ne suffit pas que l'individu réside effectivement en pays étranger avec l'*animus manendi* nécessaire, il faut encore qu'il trouve dans ce pays une législation qui consente à le saisir. Aussi après avoir recherché le domicile d'un anglais et avoir découvert que les principes anglais aboutissaient à fixer ce domicile en pays étranger, les tribunaux anglais examinent alors ce domicile au point de vue de la loi étrangère afin de savoir si cette loi reconnaît de son côté la réalité de ce domicile. Et cela ne sera pas, si, au pays d'établissement, il n'existe pas une législation organisant un statut d'état, de capacité et de succession et l'organisant d'une façon acceptable pour la conscience publique de l'Angleterre ; cela ne sera pas non plus pour les pays qui, comme la France, règlent par la loi nationale de l'étranger l'état et la capacité de celui-ci. Et c'était un point très discuté avant la loi française du 10 août 1927 que de savoir si l'on devait considérer comme domicilié en France et relevant par conséquent de la loi française, un anglais établi en France sans l'autorisation du gouvernement local. C'est pourquoi les tribunaux anglais, appréciant le domicile de leurs nationaux à l'étranger ont fréquemment fait concourir la loi étrangère à la détermination de ce domicile. Citons les affaires *Hamilton c. Dallas* (1) ; *Breemer c. Freeman* (2) ; *Collier c. Rivaz* (3) et surtout *Anderson c. Laneuville* (4) où des anglais ont été reconnus domiciliés en France ou en Belgique sans autorisation gouvernementale. Citons également l'arrêt *Loustalan* (5) où le conflit de lois sur la détermination du domicile a particulièrement embarrassé tous les magistrats de la Cour

(1) 33, L. T. R., 495, *Clunet*, 1876, p. 377.

(2) 10 *Moore P. C.*, 306.

(3) 2 *Curt.*, 855.

(4) 9 *Moore P. C.*, 325.

(5) *Clunet*, 1902, p. 380.

des Probates et de la Cour suprême et le récent arrêt Annesley (1).

N° 2. — *Belgique.* — En Belgique à l'occasion de l'application du renvoi en matière de statut personnel et particulièrement en cas d'ouverture de divorce, dans l'affaire Bigwood (pendant exact dans la jurisprudence belge de l'affaire Eastabrook dans la jurisprudence française), à l'inverse du tribunal de Bruxelles qui ne paraissait pas avoir soupçonné la question, la Cour du même lieu dans son arrêt du 14 mai 1881 (2) a très logiquement fait prévaloir la notion anglaise du domicile sur la notion belge. Dans des hypothèses analogues, le tribunal de Bruxelles le 1^{er} décembre 1894 (3) et le tribunal d'Anvers, le 31 janvier 1903 (4) ont vu le problème plus nettement encore et ont motivé la solution qu'ils lui donnaient. Enfin le tribunal civil de Bruxelles a eu un jour à déterminer ce que la convention franco-belge du 8 juillet 1899 entendait par domicile attributif de juridiction en matière de faillite, mais ne paraît pas avoir compris toute l'importance de la question qu'il avait à trancher.

N° 3. — *Divers.* — En Suisse, la jurisprudence interprétant le traité franco-suisse du 15 juin 1869, a abordé certaines difficultés relatives, soit au domicile, soit plus fréquemment à la résidence.

Au Portugal on peut relever un jugement du tribunal de Lisbonne apercevant le conflit de lois sur la détermination du domicile en matière de renvoi (5).

Mais c'est dans la jurisprudence hollandaise que l'on relève les arrêts les plus nets et les plus précis. Un arrêt de la Haute Cour des Pays-Bas (6) et un jugement du tribunal d'Amsterdam du 26 novembre 1926 (7) ont

(1) Clunet, 1927, p. 470.

(2) S. 1881, IV, 41.

(3) Clunet, 1897, p. 895 et Pasicrisie, 1895, III, 299.

(4) Clunet, 1904, p. 973.

(5) Clunet, 1908, p. 367.

(6) Clunet, 1921, p. 631.

(7) Clunet, 1928, p. 1293.

posé d'une façon très claire le problème envisagé dans toute son amplitude.

Ces décisions sont récentes et si l'on considère d'autre part que c'est seulement dans ces dernières années, avec M. Niboyet et M. Magalhaes, qu'on a vraiment élucidé ce problème délicat et trop longtemps ignoré, il est permis d'espérer qu'à l'heure où la notion de domicile va peut-être acquérir dans le domaine international une importance nouvelle et justifiée, les tribunaux, de leur côté, seront familiarisés avec les difficultés qui leur seront plus fréquemment soumises, et établiront alors une jurisprudence qui sera d'autant plus ferme que la doctrine l'aura préparée.

SECTION IV

Le problème en droit positif

- § 1. — Comment les conventions internationales ont étudié le problème (convention germano-suisse ; traité entre les Etats successeurs de l'Autriche-Hongrie ; projet de convention franco-italienne).
- § 2. — Textes qui ont abordé de front le problème (convention de la Haye ; loi suédoise ; Code Bustamante).
- § 3. — Le projet de M. de Magalhaes au Comité pour la codification progressive du droit international ; critique de ce projet.

Existe-t-il des textes de droit positif destinés à résoudre le conflit de lois sur la détermination du domicile ?

La difficulté a parfois été aperçue par les négociateurs des conventions internationales. Ils ont remarqué que le fait de se référer au domicile pouvait amener des complications ultérieures dans l'application de leur œuvre. Deux voies s'offraient alors à eux : ou bien spécifier à l'aide de quelle loi devrait alors s'apprécier le domicile, ou bien donner immédiatement une définition du domicile ainsi prévu. Ce dernier moyen, destiné à supprimer la difficulté en la tournant, est le seul qui ait été employé.

§ 1. — *Conventions internationales éludant le problème*

Nous trouvons en effet dans le traité signé le 24 mars 1923 entre l'Allemagne et divers cantons suisses, les

articles suivants (1) : Article 3 : « Au regard du présent traité le contribuable a son domicile légal dans la localité où il séjourne avec l'intention d'y demeurer de façon permanente. Cette intention doit pouvoir se reconnaître à des signes extérieurs (occupation d'un logement appartenant en propre à l'intéressé, ou d'une chambre louée en permanence ; le fait d'habiter dans sa famille, etc...) » ; art. 4 : « Le domicile du mari est considéré comme étant légalement le domicile de la femme, sauf si la législation du pays d'origine de cette dernière lui accorde la faculté de se créer un domicile légal propre, et qu'elle s'en soit, en fait, créé un. Les enfants mineurs ont le domicile légal de la personne sous la puissance paternelle de laquelle ils se trouvent ; les personnes en tutelle, celui de leur représentant légal ».

Dans le traité signé à Rome le 13 juin 1921 (2) entre les Etats successeurs de l'Autriche-Hongrie, il est prévu à l'art. 2 : « Au sens de cette disposition sera considéré comme domicile le siège principal des affaires et des intérêts du contribuable ».

Enfin le projet de convention franco-italienne pour l'exécution des jugements a pris soin de préciser :

Article 28. — Le mot domicile, tel qu'il est employé dans le présent titre, désigne :

1. — Pour les majeurs jouissant de leur capacité, les mineurs émancipés, les majeurs auxquels est seulement imposée l'assistance d'un conseil pour l'accomplissement de certains actes, le lieu où se trouve le siège principal de leurs affaires.

2. — Pour les mineurs, le lieu du domicile du représentant légal.

3. — Pour le majeur n'ayant pas l'administration de ses biens et le mineur non émancipé, orphelin de père et de mère, le lieu où l'administrateur des biens ou le tuteur a son propre domicile.

4. — Pour la femme mariée, le lieu du domicile de son mari et, si le domicile du mari est inconnu ou si la femme

(1) Revue de D. I. P., 1927, p. 577.

(2) Revue de D. I. P., 1927, p. 579.

est séparée de corps ou autorisée à avoir un domicile séparé, le lieu où se trouve le siège principal de ses affaires.

5. — Pour les sociétés, le lieu où est établi le siège social.

Donc, dans les conventions internationales, le problème est éludé dès qu'il est aperçu. Ce procédé n'est pas sans inconvénients, en voici un exemple. La notion de domicile employée dans le traité de protection des minorités polonaises du 28 juin 1919 ayant donné lieu à des difficultés, la Cour permanente de Justice internationale fut priée de définir ce terme. Dans son avis consultatif n° 7, elle déclara : « La notion de domicile vise un établissement sérieux, permanent, avec l'intention d'y rester ». Mais de nouvelles difficultés surgirent sur la définition du mot « établissement », et l'on dut s'en remettre à un arbitre, le professeur Kaekenbrack, qui y vit : « la concentration des relations tant personnelles qu'économiques ». De définition en définition, il n'y a plus de raison de s'arrêter, et le problème rebondira à tout coup.

§ 2. — *Textes qui ont abordé de front le problème*

Cependant on a mis en relief un passage de la Convention internationale de La Haye sur le divorce du 12 juin 1902 : « Si, d'après leur législation nationale, les époux n'ont pas le même domicile, dit en effet le texte visé, la juridiction compétente sur la demande en divorce sera celle du domicile du défendeur ». Nous ne pensons pas qu'il y ait là l'application d'une règle générale, il n'y a eu en effet aucune discussion sur un point aussi important, la convention a réglé ce cas particulier comme une chose toute naturelle.

Par contre la loi suédoise du 8 juillet 1904 (1) réglant divers points de droit international concernant le mariage et la tutelle comporte à l'article 3 de son chapitre V une solution vraiment nette du point qui nous occupe : « Dans les cas où, aux termes des dispositions qui pré-

(1) Annuaire Législation étrangère, 1904, p. 330.

cèdent, dit cet article, la compétence d'une autorité publique dépend de ce fait qu'une partie est domiciliée dans l'Etat duquel relève cette autorité, la question de savoir si cette partie y est domiciliée sera jugée d'après la loi de cet Etat ; toutefois il ne pourra être attribué à la femme un domicile différent de celui du mari, à moins que la loi de l'Etat auquel les époux appartiennent ne permette à la femme d'avoir un domicile séparé ».

Enfin un texte précis et général est intervenu tout récemment en la matière. Le Code Bustamante adopté par un grand nombre d'Etats de l'Amérique du Sud pour régler leurs relations de droit international privé, a été promulgué en 1929 et se trouve aujourd'hui en vigueur. Il comporte un article 22 ainsi conçu : « La notion, l'acquisition, la perte et la réacquisition du domicile général et spécial des personnes naturelles ou juridiques seront régies par la loi territoriale ». Le conflit que nous étudions a donc été très nettement élucidé, sa solution est parfaitement nette. Cette mise en relief et cette solution s'expliquent toutes deux d'ailleurs par ce fait que les Etats sud-américains, pays d'immigration, ont pour la plupart confié à la loi du domicile et non à la loi nationale le soin de régir le statut personnel des individus ; de là l'importance du conflit sur la détermination du domicile, de là son rapprochement avec le conflit sur la détermination de la nationalité et la solution qui en découle.

§ 3. — *Le projet de M. de Magalhaes*

N'est-il pas possible d'accomplir le même travail pour le droit européen ? Des efforts ont été tentés en ce sens. M. de Magalhaes ayant remarqué que les différences des législations sur la matière du domicile étaient peu sensibles, a formulé un avant-projet d'unification législative sur ce point et l'a présenté au Comité d'experts pour la codification progressive du droit international. Ce Comité a adopté le principe d'une codification et a chargé un sous-comité composé de M. le professeur Brierley et M. de Magalhaes comme rapporteur d'approfondir la

question. M. de Magalhaes a alors fait son rapport, dans lequel il a inséré deux avants-projets de convention, l'un ayant pour but la fixation de règles internationales uniformes, l'autre tendant au règlement des conflits de lois. Ce rapport a été examiné par le Comité dans sa session du mois de juin 1928 et le Comité a décidé l'envoi dudit rapport et des commentaires de M. le professeur Brierley, aux gouvernements des Etats membres ou non de la Société des Nations, à fin d'avis.

N° 1. — *Exposé.* — Nous reproduisons ci-dessous les dispositions essentielles de ce projet en cours d'examen et qui comprend les deux avants-projets de M. de Magalhaes fondus par lui-même en un seul.

Article 1. — Le domicile d'une personne naturelle est au lieu que la loi lui assigne, ou, à défaut de fixation légale, au lieu où elle a sa résidence et le centre de ses affaires et de ses intérêts avec intention de permanence.

Art. 2. — Si la personne a diverses résidences ou divers centres d'occupations habituelles, on la considère, pour ce qui concerne les droits de famille, domiciliée au lieu où elle a sa résidence principale, et en ce qui concerne les droits de créance, les droits réels et de succession, au lieu où elle a le centre principal de ses occupations ou de ses affaires.

a) La détermination de la résidence principale ou du principal centre d'affaires sera laissé à la sagesse du tribunal saisi.

b) En cas de doute on considère comme résidence principale celle qui coïncide avec le centre d'affaires, avec le principal s'il y en a plus d'un, et comme principal centre d'affaires celui qui coïncide avec la résidence, avec la principale s'il y en a plus d'une.

c) Si l'individu a en même temps plus d'une résidence et plus d'un centre d'affaires, et qu'on ne puisse déterminer ni quelle est la principale résidence, ni quel est le principal établissement, on le considère comme domicilié au lieu où il est rencontré.

Art. 3. — Si la personne a sa résidence en un lieu et le centre de ses affaires et de ses intérêts dans un autre

on la considère comme domiciliée à l'égard des droits de famille là où elle a sa résidence, et à l'égard des droits de créance, des droits réels et de ceux de succession, là où elle a le centre de ses occupations et de ses intérêts.

Art. 4. — Lorsque la personne n'a pas de résidence habituelle ou passe sa vie en voyage sans point central d'affaires, on la considère comme domiciliée au lieu où elle est rencontrée.

Art. 5. — Quand, d'après les législations de deux ou plusieurs Etats, la personne a un domicile légal et un, deux ou plusieurs établissements volontaires, ce sera le domicile légal qui prévaudra et quand la personne a dans les deux Etats ou dans tous des domiciles légaux, celui qui l'emporte est celui de l'Etat dans lequel la personne réside.

Art. 6. — Le domicile de la personne incapable est celui de son représentant légal. La loi personnelle est la loi compétente pour la détermination de qui doit être considéré comme incapable et de qui est son représentant légal.

Art. 7. — (Il vise le domicile des fonctionnaires).

Art. 8. — Le domicile des personnes juridiques, y compris les sociétés commerciales, concorde avec leur nationalité et est déterminée par celle-ci. Le domicile des filiales, etc...

Art. 9. — Toute personne naturelle n'ayant pas de domicile légal peut changer de domicile. Ce changement s'opère par le transfert dans un autre Etat de la résidence et du centre des affaires et des intérêts, avec l'intention de permanence.

Art. 10. — L'établissement ou le changement de domicile peuvent être prouvés par un certificat, etc...

Art. 11. — Lorsqu'il a été fait élection d'un domicile spécial pour l'exécution d'un certain acte ou pour l'exercice ou l'accomplissement des faits ou des obligations qui en résultent ce domicile prévaudra, sauf si la loi de l'Etat où l'acte a été passé impose un lieu déterminé pour ladite exécution ou pour ledit exercice ou accomplissement.

Art. 12. — La loi compétente pour déterminer le domi-

cile d'une personne est celle de l'Etat auquel appartient le tribunal à qui incombe cette détermination ; mais lorsqu'il y a à décider si le domicile de la personne se trouve dans un Etat différent de celui du tribunal, c'est la loi de cet Etat qui sera compétente ; et lorsqu'il y a à décider si la personne est domiciliée dans l'un de deux ou plusieurs Etats différents de celui du tribunal, seront compétentes les lois de ces Etats ; s'il résulte de cette application que la personne a plus d'un domicile on observera, suivant le cas, les observations des articles 2 ou 3 ; s'il en résulte que la personne n'est domiciliée dans aucun de ces Etats, le domicile sera déterminé suivant la disposition de l'article 4.

Art. 13. — Les questions relatives au changement de domicile, sauf celles qui se rapportent à la capacité juridique et à l'existence d'un domicile légal, sont résolues conformément à la loi du tribunal, s'il est celui d'un des Etats intéressés et, à défaut, d'après la loi du lieu où il est prétendu que le dernier domicile a été acquis.

Art. 14. — Au tribunal qui a à déterminer l'établissement ou le changement de domicile incombe d'apprécier, d'après la loi de l'Etat auquel il appartient, si ledit établissement ou ledit changement est sérieux, s'il n'est pas un prétexte invoqué pour éviter l'exécution d'une obligation légale ou conventionnelle ou l'application d'une disposition légale, et s'il doit être pris en considération.

Art. 15. — Tous les différends... seront portés devant la Cour permanente de Justice internationale...

N^o 2. — *Critique.* — Ce projet, tel qu'il se comporte, nous satisfait médiocrement. Il ne nous paraît pas susceptible de résoudre toutes les difficultés que pose le problème que nous étudions. La solution qu'il adopte à son sujet, solution qui est comme celle du Code Bustamante en faveur de la loi territoriale (qui se cumule parfois avec la *lex fori*), ne nous paraît pas la meilleure, nous la critiquerons au moment opportun. Mais, d'ores et déjà, nous pouvons adresser au projet de M. de Magalhaes de sérieux reproches. Son utilité au point de vue

du domicile de choix n'est pas considérable et son auteur a été précisément un de ceux qui ont le mieux mis en lumière la similitude sur ce point des différentes législations, similitude qui supprime pratiquement tout conflit. L'intérêt de ce conflit se présente au contraire d'une façon aiguë au sujet du domicile de dépendance, communément appelé domicile légal ; or, sur ce point, M. de Magalhaes reconnaît que la conciliation des dispositions diverses sur le domicile de la femme mariée est tellement difficile qu'il préfère laisser ce point en dehors d'une convention internationale (1). C'est donc un aveu d'impuissance.

D'autre part la distinction proposée entre les droits de famille, d'une part, les droits de créance, les droits réels et les droits de succession d'autre part ferait l'objet dans la pratique des plus grandes difficultés et soulèverait immanquablement de graves conflits de qualifications.

Le système qui consiste, en désespoir de cause, à domicilier l'individu au lieu où il est rencontré se comprend assez bien lorsque l'individu n'a aucun domicile fixe ou lorsque le lieu en question coïncide avec une des résidences entre lesquelles on n'ose choisir ; mais lorsqu'on domicilie quelqu'un au lieu de sa présence en Italie parce que les établissements qu'il possède en France et en Angleterre sont d'importance sensiblement égale et sont censés s'annuler comme deux quantités identiques dans chacun des termes d'une équation, alors on ne comprend plus pourquoi le choix entre deux hypothèses peut logiquement se résoudre par l'adoption d'une troisième.

De même on ne peut accepter la prééminence accordée au domicile légal sur le domicile de choix. A ce compte-là, il suffirait qu'un Etat dote d'un domicile légal sur son territoire tous les individus auxquels il veut refuser un domicile à l'étranger et il serait certain de faire plier devant la sienne la volonté de l'intéressé et celle des autres Etats. Il ne faut pas oublier qu'en France les gens

(1) Cours La Haye, p. 104.

de maison ont un domicile de dépendance ; n'importe quel Etat pourrait de même infliger un domicile légal à une profession ou à un commerce déterminé, en justifiant cette mesure par des mobiles politiques, économiques ou autres. Et puis il se peut parfaitement que deux Etats décident, chacun de leur côté, qu'un même individu est légalement domicilié sur leur territoire respectif. Comment résoudre alors ce conflit qui peut se présenter très fréquemment dans la pratique ? M. de Magalhaes répond : par la résidence effective, mais l'individu peut résider dans un Etat tiers.

Enfin nous ferons encore une critique à l'article 8 du projet qui identifie le domicile des sociétés avec leur nationalité. Sans entrer dans l'examen de la délicate question de la nationalité des sociétés, nous pouvons dire que cette référence à une notion beaucoup plus instable et dangereuse que celle de domicile est assez fâcheuse. Il est généralement admis que les sociétés ont la nationalité de leur domicile, si l'on décide d'autre part qu'elles ont le domicile de leur nationalité, on sera proprement enfermé dans un cercle vicieux.

Nous ignorons ce qu'il adviendra du projet de M. de Magalhaes. Nous souhaitons, nous aussi, qu'une entente internationale vienne diminuer le nombre des difficultés qui encombrent la matière. Toutefois il nous semble que le projet de l'éminent professeur portugais soulève de nombreuses critiques ; nous n'avons d'ailleurs pas encore parlé de la principale, de celle qui est fondamentale, à savoir celle qui porte sur le principe de solution adopté par cet auteur ; nous l'examinerons plus loin.

CHAPITRE II

Recherche d'une solution

Nous avons énuméré les hypothèses dans lesquelles se pose le conflit de lois sur la détermination du domicile, nous avons indiqué la place qu'il tient dans la doctrine et la jurisprudence françaises et étrangères. Il nous faut examiner maintenant la solution qu'il convient de lui donner. Aussi, après avoir étudié dans une section première la position prise à cet égard par la doctrine, puis dans une section deuxième celle adoptée par la jurisprudence, nous essaierons dans une section troisième de poser à notre tour une règle logique et juridique de solution.

SECTION I

La solution de la doctrine

- § 1. — Système de la loi nationale (Valéry, Weiss, Durand). Critique de ce système. Variante de ce système : combinaison avec la loi territoriale (Vincent et Penaud, Despagnet de Boeck). Opinion de Foelix.
- § 2. — Système de la loi territoriale (Brocher). Critique de ce système.
- § 3. — Système de l'autonomie de la volonté (Bertauld, Loiseau). Critique de ce système.
- § 4. — Système de la *lex fori* (Niboyet, Arminjon). Critique de ce système.
- § 5. — Impossibilité d'une solution d'ensemble (Rolin, Donnedieu de Vabres).
- § 6. — Auteurs étrangers. Opinion de Fiore. Système de la *lex rei sitae* (Lorenzen). Critique de ce système.

Quelle est la loi applicable à la détermination du domicile ? Tous les auteurs qui ont traité cette question ont donné à ce problème une solution bien nette mais non unanime, et la doctrine française semble partagée entre quatre opinions : loi nationale, loi territoriale, autonomie de la volonté et *lex fori*.

§ 1. — *Système de la loi nationale*

Certains auteurs, hantés plus ou moins consciemment par la théorie des statuts, et voulant faire entrer toutes les matières juridiques dans ses classifications, font relever le domicile du statut personnel, et, comme tel, soumettent sa détermination à la loi nationale. C'est oublier qu'à l'époque de cette théorie le domicile n'y pouvait rentrer pour la bonne raison qu'il la dominait : le statut personnel ne pouvait déterminer le domicile puisqu'au contraire c'était le domicile qui déterminait le statut personnel. Ainsi que nous l'avons dit dans le chapitre précédent, l'ancien droit n'a pas aperçu le problème que nous étudions, moins parce que toutes les coutumes avaient du domicile la même notion, que parce que le domicile étant générateur du statut personnel, il était naturel, en cette époque de territorialité, que le tribunal saisi appliquât sa notion propre.

Cette doctrine ne repose donc nullement sur une base historique, car la détermination du domicile par la loi du domicile aurait constitué un parfait cercle vicieux et invoquer la théorie des statuts pour la justifier ne serait qu'un contresens. D'autant plus que le domicile n'est pas un attribut de la personnalité et ne se rapporte ni à l'état (1), ni à la capacité de la personne, c'est, nous l'avons dit, un fait d'où dérive un rapport dont on tire certaines conséquences juridiques entre une personne et un territoire donnés. Aussi les auteurs qui prétendent déterminer le domicile d'un individu à l'aide de sa loi nationale invoquent-ils d'autres arguments.

N° 1. — *Système intégral de la loi nationale.* — Valéry (2) prétend faire résulter de l'article 102 C. c., qui parle du domicile de « tout Français » la conséquence que la loi française entend régir le domicile de ses nationaux

(1) Certains auteurs font du domicile une question d'état (PLANIOL, RIPERT, I, p. 156 où SAVATIER reconnaît cependant que les juridictions d'exception jugent des questions de domicile).

(2) § 114, p. 119 et suiv.

aussi bien en France qu'à l'étranger. Dès lors, a joute-t-il, « en vertu du principe de réciprocité qui domine les rapports internationaux on doit reconnaître inversement aux Etats étrangers le droit de fixer eux-mêmes le lieu où leurs nationaux sont domiciliés. Au reste, en statuant seulement sur le domicile de tout Français, le législateur n'a-t-il pas montré qu'il se désintéressait du domicile des étrangers ? » A cet argument il est facile de répondre que l'examen des travaux préparatoires ne permet pas d'accorder une importance aussi littérale au texte de l'article 102. Ce dernier, en effet, n'a en vue que le domicile nécessaire à l'exercice des droits civils, dont sont précisément privés les étrangers. La preuve en est que pendant les cinquante années qui ont suivi le Code civil une importante partie de la doctrine a refusé de reconnaître aux Français un domicile à l'étranger dans les termes de cet article, et que la jurisprudence (à tort, selon nous d'ailleurs), leur donnait raison sur ce point. Valéry veut voir une confirmation de sa doctrine dans la Convention internationale de La Haye sur le divorce, du 12 juin 1902, qui dispose : « Si, d'après *leur législation nationale*, les époux n'ont pas le même domicile, la juridiction compétente sur la demande de divorce, sera celle du domicile du défendeur ». Il est certain que ce texte semble avoir adopté la manière de voir de l'auteur (bien que ce point n'ait pas fait l'objet d'une discussion entre les puissances représentées), mais elle ne l'a fait que sur un point particulier et il ne faudrait pas voir là l'application d'une théorie générale. La solution adoptée qui était celle qui convenait à l'espèce n'aurait pas prévalu dans une espèce différente. L'autorité des conventions de La Haye demeure d'ailleurs très restreinte, en France surtout, où la convention sur le divorce a été dénoncée en 1913.

Weiss (1) et Durand (2) ont essayé de justifier l'indication de la loi nationale par des arguments tirés de la nature et du rôle du domicile. « Ayant trait uniquement

(1) III, p. 320.

(2) P. 373.

aux droits privés de la personne, disent-ils, le domicile doit être régi par la loi nationale de l'étranger. Le domicile est en effet le lieu où doivent s'accomplir certains actes de la vie civile de la personne, ayant trait à des intérêts de droit privé : mariage, tutelle, succession, etc... et n'est-il pas naturel que la même loi qui régit ces actes régit aussi le lieu où ils doivent être accomplis ? »

N° 2. — *Critique de ce système.* — Cette dernière idée est très juste, mais pour être logique il ne faut pas oublier que le domicile intervient dans bien d'autres matières qui ne sont pas toutes de pur droit privé. Du reste tous ces auteurs admettent une exception au principe qu'ils posent : lorsque l'ordre public est intéressé, le tribunal saisi appliquera sa loi propre ; et, pour Valéry, l'ordre public comprend : les matières d'impôts, de nationalité, d'élection de domicile, de commerce et de compétence judiciaire. Weiss confirme ce dernier point, le plus important, d'ailleurs. Les partisans de la loi nationale sont donc obligés de faire une concession à la *lex fori*, et cette exception est d'autant plus importante qu'ils présentent une conception singulièrement large de la notion d'ordre public.

En outre, ce système peut conduire à des difficultés inextricables ou à des résultats paradoxaux, notamment en matière de domicile légal : chaque fois que l'individu qui possède un domicile de dépendance (femme, mineur, interdit, domestique) sera d'une nationalité différente de celle de la personne dont il suit le domicile, à la loi nationale de qui faudra-t-il s'attacher ? Il y a là un problème très troublant.

Enfin, avec le système de la loi nationale, comment déterminera-t-on le domicile d'un individu sans nationalité ou revendiqué au contraire comme ressortissant de plusieurs Etats ? Difficulté insoluble sans abdication des principes adoptés.

N° 3. — *Variante du système de la loi nationale.* — Aussi d'autres auteurs, qui admettent le principe de la loi nationale, en restreignent-ils l'application au cas où

il s'agit de savoir si un individu est domicilié dans un pays tiers. « Mais dans le cas où un étranger est établi sur le territoire, c'est la loi territoriale, se confondant alors avec la *lex fori*, qui déterminera si l'étranger a ou non acquis un domicile et quelles sont les conséquences de son établissement de droit ou de fait » (1). Cette opinion est partagée par Despagnet-de Boeck (2).

N° 4. — *Critique de cette variante.* — Weiss trouve injustifiée en droit la distinction ainsi proposée, car « les principes qui gouvernent la solution du conflit des lois ne saurait varier suivant les hasards de la compétence judiciaire ; cette solution doit être la même, sauf les exigences de l'ordre public international, quel que soit le tribunal chargé de lui donner effet », et il remarque très justement : « si ce système fait prévaloir la *lex fori* au regard des personnes fixées dans le ressort de cette loi, c'est qu'il considère sans doute que l'ordre public dont la juridiction territoriale est chargée d'assurer le respect est toujours intéressé à l'établissement du domicile dans les limites de ce ressort. S'il applique la loi nationale aux personnes établies sur le territoire d'un pays tiers, c'est que, en ce qui les concerne, cet ordre public est entièrement sauf ; aucun lien ne les rattache à la société locale, et, dès lors, il n'y a ni utilité, ni raison pour les soumettre au point de vue du domicile, aux prescriptions de la *lex fori* ».

Mais pourquoi alors dans cette dernière hypothèse proposer l'application de la loi nationale et non d'une autre ? Cette théorie subsidiaire soulève sur ce point les mêmes critiques que celle dont elle dérive.

N° 5. — *Opinion de Fœlix.* — On a parfois cité Fœlix comme partisan lui aussi de la loi nationale. Or cet auteur ancien n'a dit textuellement que ceci : « La loi de la nation à laquelle appartient un individu décide... s'il peut y acquérir un domicile et le changer » (3). Il semble

(1) VINCENT et PENAUD, V° *Domicile*, n° 1 et ss.

(2) n° 157, p. 500.

(3) I, p. 81.

bien que la loi nationale se borne donc à apprécier selon lui si la personne possède ou non un domicile sur le territoire de sa patrie, le problème restant entier dans la négative, et, en effet, ainsi que le remarque en note Demangeat (1), d'après Fœlix un homme ne peut avoir de domicile que dans la nation dont il est membre, puisque « lieu de domicile de l'individu » et « territoire de sa nation ou patrie » sont deux expressions synonymes (2). Il est vrai qu'à la page précédente, Fœlix avait envisagé l'hypothèse d'un individu possédant deux domiciles « dans divers territoires » et qu'il y a là une contradiction, mais la pensée réelle de l'auteur paraît être dans le premier sens, car il est de ceux pour qui la loi du domicile détermine le statut personnel de préférence à la loi nationale, et la contradiction vient précisément de l'embarras où il s'est trouvé pour indiquer la loi déterminant alors le domicile. Fœlix ne donne donc qu'une solution imprécise et incomplète.

§ 2. — *Théorie de la loi territoriale*

N° 1. — *Exposé.* — Le système de la loi territoriale (3) a été principalement soutenu par Brocher (4). On cite également parmi les partisans de cette doctrine Pillet, mais nous avons dit que cet auteur a tout juste soupçonné le problème après l'avoir nié tout d'abord, et s'il est vrai qu'il indique comme principe de solution « la loi du territoire sur lequel le domicile est établi », c'est uniquement de préférence au statut personnel, sans la moindre discussion théorique et dans les termes extrêmement dubitatifs que nous avons rapportés plus haut.

On peut s'étonner que la doctrine de la loi territoriale

(1) I, p. 58, note b.

(2) I, p. 58.

(3) Le mot « territorial » étant susceptible, ainsi que M. Armiajon l'a montré (I, p. 106), d'au moins cinq sens différents, nous croyons utile de définir ce que nous entendons ici, ainsi que les auteurs qui ont étudié cette matière et le Code Bustamante qui a employé ce terme, par l'expression « loi territoriale » : nous envisageons « la loi sur le territoire de laquelle se trouve l'établissement de l'étranger susceptible d'être qualifié domicile »

(4) I, p. 249.

n'ait pas trouvé plus de défenseurs. En effet, comme le dit M. de Magalhaes, un des auteurs étrangers qui ont adopté ce point de vue, « le domicile établi dans un Etat déterminé crée un lien juridique entre l'individu domicilié et cet Etat ; du domicile résultent pour l'individu et pour l'Etat dont il s'agit des droits réciproques et des obligations importantes. C'est pourquoi la détermination du domicile duquel résulte la création de ce lien juridique, appartient naturellement à l'Etat avec lequel ce lien a été établi, car il y est beaucoup plus intéressé que l'Etat dont l'individu en cause est le national ».

N^o 2. — *Critique.* — Aller jusqu'à voir en cette matière, comme Brocher, une question d'ordre public, et faire rentrer l'établissement du domicile parmi les mesures de police et de sûreté, c'est accorder, étant donnée la brutalité de cette notion d'un usage si délicat, à la loi territoriale une compétence unique et exclusive que nous ne saurions approuver. C'est assimiler le domicile à la nationalité et donner à ce conflit sur la détermination du domicile une solution analogue à celle du conflit de lois sur la détermination de la nationalité. Or sans insister sur les problèmes pratiquement insolubles auxquels on aboutit ainsi (il faut en effet consulter un nombre de lois théoriquement illimité et qui n'ont pas en général de système homogène sur le domicile ; ces lois peuvent d'autre part donner des solutions contradictoires entre elles, soit que plusieurs attribuent à l'étranger un domicile chez elles, soit qu'au contraire elles lui en refusent un unanimement), nous pensons qu'il est aussi arbitraire de faire prédominer dans l'essence du domicile son rôle de lien de rattachement que son rôle de lieu d'accomplissement des actes du droit privé. Il est des cas où le domicile joue en effet le rôle de lien de rattachement et il est exact que dans ce cas la loi territoriale devra s'appliquer à sa détermination, mais il n'en est pas toujours ainsi d'une manière générale. Nous reviendrons sur ce point dans notre section troisième. Remarquons simplement que Brocher lui-même prévoit que des conflits seront possibles avec la loi nationale,

car la conservation, la perte ou l'acquisition d'un domicile à l'étranger ou sur le territoire de la patrie peuvent s'y présenter comme se servant réciproquement d'obstacle ou de condition : le domicile acquis à l'étranger selon la loi étrangère fera-t-il perdre, par exemple, le domicile possédé en France selon la loi française et substituera-t-il les effets du nouveau domicile à ceux de l'ancien ? C'est ce que la doctrine de la loi territoriale appliquée exclusivement conduirait à affirmer, et ses partisans eux-mêmes n'osent pas le faire.

Cependant le système de la loi territoriale a été adopté par un des rares textes positifs qui existent en la matière, l'article 22 du Code Bustamante, qui dispose : « la notion, l'acquisition, la perte et la réacquisition du domicile général et spécial des personnes naturelles ou juridiques seront régies par la loi territoriale ». Cela peut d'ailleurs s'expliquer par le fait que dans les Etats de l'Amérique du Sud qui ont adopté ce Code, le domicile revêt un caractère de droit public infiniment plus important que chez nous et qu'il supplante presque entièrement la nationalité.

§ 3. — *Système de l'autonomie de la volonté*

N° 1. — *Exposé.* — Une troisième théorie propose de déterminer le domicile d'après l'intention de la personne. Bertauld avait déjà soutenu (1) en 1867 que « le domicile est du domaine de la volonté individuelle et non de la loi ; la loi le constate et ne l'établit pas » ; vingt-cinq ans après, Loiseau reprit cette idée pour en tirer toutes ses conséquences logiques au point de vue qui nous occupe. « Qu'est-ce que le domicile ? dit-il. Un fait et une intention : établissement en un certain lieu, intention d'en faire le centre de ses intérêts, le siège de sa fortune. Le fait et l'intention sont dans la pleine dépendance de la personne qui crée l'un et manifeste l'autre ». Il en conclut que c'est à la volonté plus ou moins expresse de

(1) P. 12, n° 9 *quater*.

l'individu qu'il faut se référer pour connaître le lieu de son domicile.

N^o 2. — *Critique.* — Cette théorie a soulevé les objections de l'unanimité de la doctrine. Pourtant elle semble appliquer le principe bien connu de M. Martin qui consiste à projeter sur le plan international les institutions du droit interne. Mais sans parler de son caractère imprécis et des recherches psychologiques dangereuses qu'elle peut imposer, comment Loiseau a-t-il pu oublier que le domicile n'est pas seulement un fait et une intention, mais qu'il est surtout, qu'il est même tout entier dans la sanction que la loi donne à ce fait intentionnel en lui attribuant certains effets juridiques qu'elle détermine à son gré ? Il n'est donc rien sans la loi qui sanctionne la volonté de l'individu. Quelle sera cette loi ? C'est là toute la question. Répondre que c'est la loi qui sera choisie par l'individu lui-même, c'est oublier l'intérêt qu'offre pour chaque Etat la détermination des personnes qui y sont domiciliées, et c'est ouvrir la porte à la fraude. Précisément la loi restreint la volonté de l'individu dans tous les cas où elle lui attribue un domicile de dépendance. Loiseau a alors été amené à faire pour ces cas là une exception à son principe, exception qui le ruine à peu près complètement, puisque c'est surtout lorsqu'une question de domicile légal surgit que la détermination du domicile devient délicate et importante à cause de la variété des législations en présence. Dans ce cas, cet auteur admet que « c'est à la loi qui régit le statut personnel de ces incapables qu'il appartiendra de dire où est leur domicile », formule extrêmement critiquable de son côté, ainsi que nous l'avons vu. De plus, Loiseau établit une autre exception pour le cas où la loi nationale interdit à son ressortissant un domicile à l'étranger, de même que pour celui où la loi locale refuse un domicile à l'étranger sur son sol, ces dispositions restrictives pouvant être considérées comme d'ordre public. Dans ces conditions que reste-t-il de son système ? Il est devenu inapplicable à toutes les situations pour lesquelles un principe de solution est utile.

§ 4. — *Système de la lex fori*

N° 1. — *Exposé.* — Une quatrième théorie s'est fait jour dans la doctrine. Elle avait été adoptée, mais seulement pour la détermination du domicile en matière de compétence, par A. Rolin (1). Elle a été reprise, étendue et développée par M. Niboyet dans sa note au Sirey 1927, I, 57 et au chapitre V de la 2^e édition de son manuel (2). « Tout domicile, dit-il, se détermine toujours d'après les dispositions de la *lex fori*, parce qu'elles se rattachent aux règles de droit international privé de chaque pays... Nous pensons être ici en présence d'une de ces questions de qualification si bien décrites par M. Bartin, et qu'il faut toujours soumettre à la *lex fori* ». L'auteur prend soin de préciser que la solution qu'il propose s'étend à toutes les hypothèses de domicile et il passe en revue ces diverses hypothèses, afin de le démontrer. Il signale que la loi suédoise du 8 juillet 1904 (chap. XI, art. 3) adhère à cette solution. Cette opinion est partagée par Arminjon (3) qui reproduit l'argumentation de M. Niboyet, et par M. Lerebours-Pigeonnière. Elle est également adoptée par M. Nast (Clunet, 1925, p. 1044). Ce système contient un grand nombre d'idées fort justes et nous examinerons plus tard (chap. V, section I) le principe sur lequel il repose.

N° 2. — *Critique.* — Mais ce système ne peut s'appliquer à toutes les matières où le domicile joue un rôle. M. Niboyet lui-même reconnaît qu'il faut soustraire à l'emprise de la *lex fori* la détermination du domicile prévu dans les conventions internationales et également la détermination du domicile lorsqu'elle se pose après renvoi. M. Niboyet, adversaire du renvoi, justifie cette exception en disant qu'« une fois parti dans la voie qui consiste à piétiner tous les principes, il ne convient plus de s'arrêter en chemin » ; il ajoute d'ailleurs, beaucoup plus

(1) I, p. 650.

(2) N° 563 et ss.

(3) II, p. 24, p. 30 et ss.

juridiquement que le souverain étranger ayant obtenu, grâce au renvoi, un rôle de définisseur international, c'est à lui de déterminer le domicile. De cette prétendue abdication de souveraineté, il tire d'ailleurs un argument de plus contre la doctrine du renvoi. Mais nous pensons que le cas du renvoi n'est pas le seul où un législateur étranger acquière un rôle de définisseur international. Nous prétendons donc que l'application de la *lex fori*, pas plus d'ailleurs que celle d'aucune autre loi, ne peut être posée comme principe exclusif de solution du conflit de lois sur la détermination du domicile.

La matière du domicile est une matière trop complexe, cette notion n'a pas l'unité et l'identité qu'on lui suppose dans toutes les questions extrêmement différentes où il lui arrive de jouer un rôle ; il n'est pas un, mais bien multiple (M. Niboyet est d'ailleurs un des rares auteurs qui l'aient reconnu), se présente dans les situations les plus diverses ; on ne peut pas, de prime abord, désigner une loi qui le déterminera par principe. Le domicile n'est pas unique, il ne peut relever d'une loi unique ; justifiée dans un certain nombre de cas, elle sera forcément inadmissible dans un plus ou moins grand nombre d'autres.

§ 5. — *Impossibilité d'une solution d'ensemble*

C'est ce qu'a compris un éminent auteur belge, Albéric Rolin (1). Il préconise l'application de sa loi nationale au domicile d'un étranger toutes les fois que cette détermination est nécessaire au point de vue de son statut personnel ; mais en matière de compétence, il donne la préférence à la *lex fori* ; en matière de succession à la loi territoriale si l'on admet que la succession rentre dans le statut réel, à la loi nationale au contraire si l'on fait régir par celle-ci la dévolution de la succession mobilière ; en matière de conventions, le domicile indicateur de la volonté des parties sera déterminé uniquement d'après des éléments de fait.

(1) I, p. 650.

Rolin a exercé une influence certaine, sur le point qui nous occupe, sur la thèse de M. Donnedieu de Vabres. Nous avons dit que l'éminent professeur de droit criminel à la Faculté de Paris, avait envisagé à plusieurs reprises le conflit de lois sur la détermination du domicile. La solution qu'il a proposée et qui consiste à déterminer le domicile d'après la loi normalement compétente pour régir le rapport de droit, tient compte d'une façon très heureuse des domaines divers où le domicile intervient (1). Il se rapproche sensiblement du système que nous préconisons, c'est pourquoi nous en reparlerons dans notre section III.

§ 6. — *Les auteurs étrangers*

Les auteurs étrangers adoptent l'une ou l'autre des théories entre lesquelles se partagent les auteurs français et belges. En Angleterre Dicey (2) et Wharton (3) adoptent la *lex fori* à l'exclusion de la loi territoriale. Dans son cours à l'Académie de droit international de la Haye (4), M. de Magalhaes, professeur portugais a adopté une combinaison de la loi territoriale et de la *lex fori*, qui se trouve condensée dans le projet de convention qu'il a proposé au Comité pour la codification progressive du Droit International, et que nous avons reproduit.

En Italie, Fiore, dont la première édition française (traduction Pradier-Fodéré) ne contenait rien sur le point qui nous occupe, et dont la seconde (traduction Antoine) contient au contraire à ce sujet des développements abondants, a pris vis-à-vis du conflit de lois sur la détermination du domicile une position assez incertaine. Dans son premier volume, il dit au sujet du domicile légal (5) : « Il faut se reporter à la loi à laquelle la personne doit être soumise pour décider quel est dans les cas qui y

(1) P. 515, note 4.

(2) N^o 113.

(3) I, n^o 147.

(4) P. 120 et ss.

(5) § 411, p. 475.

sont prévus le domicile de la personne », ce qui n'est pas absolument clair, surtout lorsqu'on le rapproche des passages suivants, qui l'avoisinent : « il faut toujours se référer à la loi du pays dont on veut attribuer le domicile au mineur pour déterminer les conséquences du changement de domicile du tuteur à l'égard du mineur et à l'égard du majeur interdit » ... « il faut se reporter à la loi personnelle pour savoir si quelqu'un a la capacité d'acquérir un nouveau domicile » ... « à l'égard des moyens de preuve du domicile, il faut se reporter à la loi du pays à l'égard duquel la personne ou les intéressés entendent faire la preuve du domicile ». Dans son troisième volume, dans un chapitre relatif au « domicile et à la qualité de citoyen dans leurs rapports avec la loi, régulatrice de la succession » (1), Fiore a systématisé plus heureusement ces solutions éparses : il a constaté comme Rolin et comme M. Donnedieu de Vabres que l'on ne pouvait s'en remettre à une seule loi du soin de déterminer le domicile dans des cas si divers : « à notre sens, la question ne peut pas être résolue d'une façon générale, mais il faut nettement préciser le point de vue d'après lequel on entend fixer le domicile, pour déterminer ensuite la loi qui doit servir à déterminer la nature et les conditions juridiques de ce même domicile ». C'est ainsi que si un législateur fait régir le statut personnel par la loi du domicile « alors les caractères de ce domicile ne peuvent pas dépendre d'une autre loi ». Au contraire, lorsqu'il s'agira du domicile, source de compétence, on appliquera à sa détermination la loi territoriale car « on ne saurait admettre que les règles sur la compétence territoriale soient déterminées d'après une loi, et que la notion juridique des circonstances de fait dont dépend la fixation de cette même compétence soient déterminées d'après une autre loi » (2).

S'il s'agit des effets juridiques d'un domicile légalement autorisé, c'est à la loi qui les prévoit qu'il faut demander de résoudre « toute contestation relative à

(1) III, p. 535, n° 1362.

(2) III, p. 539, n° 1364.

l'existence, à la durée, ou à la cessation de l'autorisation ». Dans ce volume postérieur de treize ans au premier, la doctrine de Fiore s'est considérablement précisée et affermie. Nous avons insisté sur son exposé car il contient des principes que nous estimons justes, et que nous reprendrons dans notre théorie personnelle, à la section III.

En dehors des systèmes précédemment exposés, une nouvelle théorie a été mise en avant dans les pays anglo-américains : l'application de la *lex rei sitae*. M. Lorenzen (1) rappelle que c'est une règle généralement admise aux Etats-Unis que « la question du domicile, question dans laquelle se combinent des éléments de droit et des éléments de fait, doit être tranchée d'après la loi du pays où se trouvent situés les biens qui font l'objet du litige ». De même l'auteur anonyme de l'article paru dans la Revue de Droit international 1908, p. 392 sous le titre « de la loi qui détermine le domicile », étudiant la jurisprudence anglo-américaine, critique les fameux arrêts Bowes et Johnson pour avoir déterminé le domicile d'un testateur anglais résidant et mort en France en laissant des biens litigieux en Angleterre, d'après la loi territoriale. Il conclut : « En conséquence la véritable règle semble devoir être que, lorsque les conditions requises pour qu'il y ait domicile existent d'après la *lex rei sitae*, cette loi détermine le domicile sans qu'il y ait lieu de tenir compte de la loi du pays où résidait le défunt ».

Faut-il dire qu'un tel système ne peut obtenir notre approbation ? D'abord parce qu'il est aussi exclusif que les précédents, et ensuite parce qu'il peut aboutir à trop de solutions contradictoires lorsque les biens de la personne dont il s'agit sont répartis en plusieurs pays différents. Reconnaître à un individu quatre ou cinq domiciles simultanés et les faire reconnaître par le même tribunal, chargé de statuer par exemple sur la dévolution d'une succession ainsi morcelée, nous paraît un résultat difficilement acceptable, en tous cas nettement impossible à obtenir dans les pays qui admettent l'unité du domicile

(1) Clunet, 1911, p. 11.

et en font un principe d'ordre public. Enfin ce système conduit à une impasse dans la majorité des cas où l'on aura besoin de déterminer le domicile : si les meubles d'une succession sont dévolus suivant la loi du domicile par exemple, c'est précisément parce qu'on les suppose fictivement situés en ce lieu, il est donc impossible de situer à son tour le domicile au lieu où se trouvent les biens meubles en question, c'est un cercle vicieux. Et cet inconvénient est tout aussi grand en droit anglais, car la capacité du testateur, du point de vue de la réserve, notamment, étant déterminée par la loi de son domicile, sera soumise à la fois à autant de lois qu'il y aura de pays différents où seront situés les biens de sa succession. Or l'état et la capacité doivent être uns, c'est là la raison d'être du statut personnel, un tel système doit donc être rejeté.

SECTION II

La solution de la jurisprudence

- § 1. — Aucune solution générale, ni de solution nettement explicite.
- § 2. — Attitude de la jurisprudence sur la détermination du domicile prévu dans les conventions internationales (aff. Perroud, etc...).
- § 3. — Attitude sur la détermination du domicile après renvoi (aff. Forgo, aff. Bourgoise, aff. Marraşch, etc..., aff. della Costa).
- § 4. — Attitude sur la détermination du domicile pour l'exequatur (aff. Spada de Komar, etc...).
- § 5. — Attitude sur la détermination du domicile pour l'application des arrêtés monétaires.
- § 6. — Jurisprudence étrangère : Belgique, Portugal, Suisse, Allemagne, Angleterre, Hollande.

§ 1. — *Carence de la jurisprudence française*

Le principal souci des auteurs qui prennent parti dans une controverse, est d'étayer leur opinion par quelques décisions de jurisprudence, de façon à unir l'utilité pratique à la vérité théorique. Or, en cette matière, on est très surpris de ne trouver chez les auteurs aucun appui de ce genre. Quelques-uns, cependant : Vincent et Penaud, Rolin, Despagnet, Weiss, Pillet, font un appel très timide à la jurisprudence, et ne garantissent nullement d'ailleurs l'interprétation qu'ils en donnent, d'au-

tant plus que les espèces rapportées sont assez mal choisies. Ils citent trois décisions qu'ils se sont repassées traditionnellement sans les analyser suffisamment, allant même jusqu'à faire tous la même erreur de référence au sujet de l'une d'entre elles.

Mais nous avons déjà dit que la jurisprudence française ne donne aucune solution d'ensemble au problème qui nous occupe ; il arrive fréquemment que les arrêts décident qu'un individu est ou n'est pas domicilié dans tel pays, mais ils ne disent jamais quelle loi les a amenés à cette solution et il est souvent difficile de le deviner. Cela tient, nous l'avons dit, à ce que le domicile, à cause de ses éléments de fait évidents, est trop rarement controversé.

La Cour de Douai, le 3 août 1858, avait paru poser un principe général analogue à la théorie professée par Foelix, quand elle affirmait que « la perte de la qualité de Français rend désormais inapplicable au mari les dispositions de la loi française quant au domicile » ; mais nous avons déjà dit pour quelles raisons il n'y a aucun compte à tenir de ce considérant dont le sens littéral dépasse de beaucoup la portée réelle. Le 18 novembre 1901, la même Cour (1) parut se rallier au système de la loi nationale, en décidant : « qu'il en est ainsi surtout lorsque la loi nationale de l'étranger reconnaît que ses nationaux peuvent acquérir un domicile en pays étranger, ce qui est particulièrement le cas de la loi anglaise ». Mais, ici encore, il ne faut pas attribuer à cette réflexion une portée générale. En réalité nous ne possédons donc à ce jour aucune déclaration jurisprudentielle précise, touchant le conflit de lois sur la détermination en général du domicile en droit international privé.

Cependant, nous avons dit que les tribunaux avaient parfois été mis en face de la difficulté ; de la solution qu'ils ont donnée aux litiges qu'ils ont tranchés, peut-on tout au moins induire un principe général de détermination ? Nous n'hésitons pas à répondre négativement. La jurisprudence française n'a eu à se prononcer que sur des

(1) Clunet, 1902, p. 1043, aff. Guerrier.

hypothèses assez spéciales, et l'ensemble de ses solutions ne peut rentrer dans le cadre d'aucune des théories que nous avons exposées. Cela montre bien que, ainsi que nous le faisons observer, l'application unique et exclusive d'une seule loi préconisée dans tous les cas, si divers, où il importe de déterminer le domicile, se heurte aux nécessités pratiques. De plus les tribunaux se bornent à appliquer telle ou telle loi, sans préciser à quel titre elle intervient, or, il arrive fréquemment que la même loi peut intervenir à divers titres (par exemple comme étant à la fois *lex fori* et loi territoriale), de là, incertitude et confusion.

Nous avons énuméré les très nombreuses hypothèses où le conflit de lois en matière de domicile, peut se présenter et nous avons dit d'autre part qu'il ne s'en trouve que quatre où la jurisprudence ait soupçonné le problème : convention internationale, renvoi, exequatur et arrêtés monétaires. A défaut d'un principe général de solution, examinons quelles règles la jurisprudence a suivies dans ces différentes hypothèses.

§ 2. — *Attitude de la jurisprudence sur la détermination du domicile prévu dans les conventions internationales*

La matière des conventions internationales constitue un domaine assez particulier et le problème que nous étudions ne s'y pose pas dans les mêmes termes qu'ailleurs ; nous reviendrons plus loin sur ce point (1). Il nous suffit d'observer que la jurisprudence s'en est parfaitement rendu compte. La première en date des décisions que nous ayons relevées est un jugement du tribunal de Rennes du 21 août 1871 (2). Comme il est cité par les partisans de la loi nationale aussi bien que par les partisans de la loi territoriale, nous croyons utile de l'analyser brièvement.

Le sieur Perroud, né en Suisse, était venu s'établir en France, avait épousé une Française et marié sa fille à

(1) Chap. III, sect. IV.

(2) Rapporté sous Cassation, 3 juin 1874, S. 1875, 1, 245 et non pas S. 1871, 1, 245 comme il est indiqué par tous les auteurs qui le citent.

un Français. A la mort de la femme Perroud, son gendre, au nom des enfants de la fille prédécédée, demanda la liquidation de la communauté. La principale question, qui fut agitée jusqu'en Cassation, fut de savoir s'il s'agissait d'une liquidation de communauté, action personnelle et mobilière devant, aux termes de l'article 1^{er} du traité franco-suisse du 15 juin 1869, s'intenter devant les juges naturels du défendeur, ou bien d'une liquidation de succession, réservée par l'article 5 de la Convention au tribunal du domicile d'origine de la *de cuius*. Cette question ne nous intéresse pas en elle-même. Le tribunal de Rennes qui avait adopté la première opinion (ce fut celle qui prévalut en Cassation) eut à rechercher le domicile des époux Perroud. Pour ce faire, ayant aperçu le conflit qui se posait, il a examiné la notion vaudoise, puis la notion française du domicile, ainsi que celle du changement de domicile, puis il a constaté que la situation de Perroud permettait de le considérer comme domicilié en France dans l'arrondissement de Rennes, tant du point de vue de la loi vaudoise que de celui de la loi française (le tribunal n'a pas tenu compte en effet du défaut d'autorisation gouvernementale). Il a donc appliqué simultanément les deux notions sans donner la préférence à l'une ou à l'autre. Cette manière de faire était inspirée autant par le désir de ne commettre aucune erreur dans une matière aussi délicate, que par le sentiment fort juste qu'il s'agissait d'un acte auquel la souveraineté française et la souveraineté suisse avaient collaboré sur un pied d'égalité et avaient, par conséquent, autant de droits l'une que l'autre à faire prévaloir leur notion de domicile. C'était en effet la seule solution possible, du moment qu'on ne pouvait relever dans la convention, d'une manière expresse ou tacite, quelle était l'intention commune des deux parties sur ce point.

Et c'est en effet l'intention commune des Hautes Parties contractantes que recherchent les arrêts intervenus en la matière. Un arrêt de Paris du 12 mai 1891 (1)

(1) S. 1891, 2, 168.

rendu sur le point de savoir en quoi devait consister le transport de domicile prévu par le traité de Francfort pour la conservation de nationalité française, affirme « que les termes du traité de Francfort ne permettent pas d'admettre que les parties contractantes aient entendu établir un principe contraire au droit public français », et c'est ce dernier qu'il applique, après un examen peut-être trop superficiel.

Les tribunaux s'inspirent du même principe lorsqu'ils ont à déterminer, non plus le domicile, mais la résidence, à laquelle le traité franco-suisse attribue également certains effets. C'est ainsi que, suivant une jurisprudence constante, la Cour de Pau le 10 mars 1923 (1) a recherché la définition de la résidence ainsi prévue, dans le protocole annexé à la convention (2).

La recherche de la volonté des Hautes Parties contractantes nous paraît donc être la tendance générale en matière de détermination du domicile pour l'application d'une convention internationale. Mais nous devons signaler que les termes de ces conventions sont souvent tels, que c'est en raisonnant sur leur signification, plutôt qu'en appliquant un principe général, que les tribunaux parviennent à la solution des espèces qui leur sont soumises. Il est ainsi diverses interprétations qui sont traditionnelles, et qui, d'ailleurs, procèdent du principe initial de recherche de la volonté commune des parties; nous les signalerons et les discuterons plus loin (3).

§ 3. — *Attitude de la jurisprudence sur la détermination du domicile après renvoi*

Comment la jurisprudence détermine-t-elle le domicile après renvoi d'une loi étrangère ?

(1) Clunet, 1924, p. 395 ; S. 1923, 2, 103 ; *Gaz. Trib.*, 14 juillet 1923.

(2) A vrai dire on peut élever certaines critiques contre ce procédé car il est établi que la définition de la résidence donnée dans le protocole n'est pas générale, mais seulement destinée à éviter le retour de la controverse relative au *forum contractus* dans le traité de 1828 qui exigeait seulement que les parties fussent « présentes sur les lieux ».

(3) Ci-dessous, I^{re} partie, chap. III, section 4.

N^o 1. — *Affaire Forgo*. — La question fut tranchée pour la première fois à notre connaissance par le premier arrêt de l'affaire Forgo rendu par la Cour de Pau le 14 mars 1874 (1) à propos du domicile légal du mineur bava-rois. La Cour n'a pas choisi entre la loi française (à la fois loi territoriale, *lex fori*, loi nationale de la mère du mineur) et la loi bava-roise (loi nationale du mineur); elle a constaté qu'aux termes aussi bien de l'une que de l'autre, le domicile du mineur se trouve chez ses père et mère ou tuteur, le conflit ne se posait donc pas et la Cour n'avait que faire de se charger de difficultés hypothétiques.

Mais la question fut examinée sérieusement dans la même affaire par l'arrêt de Toulouse du 22 mai 1880 sur renvoi des Chambres réunies (2). Elle le fut si nettement que les auteurs ont remarqué cet arrêt et qu'ils le citent, en sens divers d'ailleurs, parmi leurs références. Cette décision si importante, une des plus formelles que nous possédions en la matière, mérite une analyse particulière.

On sait que la Cour de Toulouse, dans l'arrêt en question a attribué la succession à l'Etat français pour le motifs suivants :

1^o Il est vrai que la loi française ne s'applique qu'à la dévolution de la succession mobilière des étrangers possédant en France un domicile légal, et qu'il n'existe pas d'état de fait qui puisse prévaloir contre le défaut de l'autorisation gouvernementale prévue par l'article 13. Mais cependant la loi française doit s'appliquer à la succession mobilière de Forgo, car il avait bien un domicile légal en France ; en effet, venu dans ce pays alors qu'il était mineur, il avait son domicile légal chez sa mère française, domicile qui s'est conservé par la suite, car il n'en a pas changé.

Cet argument que la Cour de Pau avait déjà signalé et auquel l'arrêtiste du Sirey tenait beaucoup, ne nous satisfait nullement. Assimiler le domicile autorisé de l'arti-

(1) Sous cassation, 5 mai 1875, D. 1875, 1, 343 ; S. 1875, 1, 409.

(2) S. 1880, 2, 294 ; D. 1881, 2, 93.

cle 13 au domicile de dépendance de l'article 108, sous prétexte que tous deux sont légaux, n'est qu'un mauvais jeu de mots ou une confusion contre laquelle nous nous sommes déjà élevé (1). De plus, en admettant que Forgo ait eu un domicile légal en France pendant sa minorité, il avait cessé de l'avoir dès sa majorité ; que le domicile se soit conservé au même lieu, faute d'une intention contraire, c'est exact, mais il avait perdu le caractère « légal » qui ne lui appartenait que durant la minorité (2). Or le décès de Forgo n'était survenu que bien plus tard : le premier argument de la Cour de Toulouse est donc dépourvu de tout fondement aussi bien juridique que logique.

Cependant, il convient de le mentionner, car, pour décider que, pendant sa minorité, Forgo, enfant bava-rois, avait son domicile légal en France chez sa mère française, la Cour de Toulouse, comme celle de Pau, a cru devoir indiquer que cette solution résultait *aussi bien de la loi française que de la loi bavaroise*, et l'a démontré en examinant successivement les dispositions de ces deux législations : d'abord celles de la loi bavaroise, qu'elle semble proposer comme la plus indiquée naturellement, puis, l'article 108 du Code civil français dont elle semble bien près d'affirmer le caractère d'ordre public, ajoutant que l'article 13 ne peut contrecarrer les effets de l'article 108. La Cour s'est arrêtée là dans sa démonstration, pourtant le domicile de Forgo n'était en France qu'autant, non seulement qu'il était domicilié chez sa mère, mais encore que sa mère française était elle-même légalement domiciliée chez son mari, et que son mari était domicilié en France. Il y avait donc en l'espèce deux autres domiciles à déterminer et la Cour de Pau, l'avait pressenti. La Cour de Toulouse ne l'a pas fait parce qu'en fait la question n'était pas douteuse, mais il eut été curieux de savoir si la loi bavaroise eut conti-

(1) Introduction, p. 11, note 3.

(2) Cependant Antoine a soutenu l'opinion contraire (sous Fiore, § 1365, p. 540, note 2) : pour lui le domicile d'un mineur est « légal » au même titre que celui de l'article 13 et conserve éternellement ce caractère, même après la majorité.

nué à dire son mot, car s'il s'agissait du domicile de Français en France, un bavaïois restait cependant intéressé à la solution définitive de la question.

2° Pour le cas où ce premier argument paraîtrait inopérant (nous avons dit que telle était bien notre opinion) la Cour ajoute que la loi française doit cependant s'appliquer, car, en admettant que Forgo n'ait pas eu de domicile légal en France, c'est sa loi nationale, donc la loi bavaïoise, qui régira la succession, et cette loi soumet les biens meubles à la *lex rei sitae*, donc à la loi française. C'est la théorie du renvoi, renvoi de la loi nationale à la *lex rei sitae*, hypothèse très intéressante parce qu'assez rare. C'est le premier renvoi invoqué dans l'affaire Forgo ; cependant, chose curieuse, ce n'est pas sur lui que l'attention s'est portée, mais sur le second renvoi, celui qui forme le troisième argument, tout à fait subsidiaire, de la Cour de Toulouse.

3° En effet la Cour n'est pas absolument sûre que la loi bavaïoise soumette la succession mobilière à la *lex rei sitae*, et, bien que sa décision ne puisse être cassée pour violation de la loi bavaïoise, elle est prise de scrupules et signale « qu'il existe en droit bavaïois une autre disposition pour la dévolution des successions *ab intestat*, c'est qu'elles doivent être régies par la loi du lieu où le *de cuius* avait sa résidence effective et permanente et où il est mort ». Qu'est-ce que cette résidence effective et permanente ? Quels en sont les effets ? C'est ce que la Cour recherche dans une étude minutieuse du droit bavaïois et elle en applique la notion à la situation de Forgo. Elle constate « qu'il avait acquis un domicile en France *au sens que le droit attache à ce mot* », d'où elle conclut finalement « que s'il n'avait pas acquis en France le domicile régulier et légal défini par l'article 13, il avait tout au moins le domicile de fait ou la résidence durable qui, *d'après le statut bavaïois* équipolle au domicile légal français et produit les mêmes effets ». Donc, une fois le principe du renvoi admis, lorsque ce renvoi est un renvoi à la loi du domicile, c'est la loi renvoyante qui définit et détermine ce qu'elle entend par domicile et qui le détermine exclusivement, sans la moindre ingérence d'une autre

loi quelconque. La solution de la Cour de Toulouse est une des plus nettes qui aient été formulées par la jurisprudence.

4^o Enfin la Cour invoque un quatrième argument tiré du traité de réciprocité franco-bavarois de 1767 et de l'article 726 du Code civil, refusant de reconnaître aux consorts Dichtl un droit de succession basé sur une filiation naturelle. C'est faire régir la vocation successorale par la loi des héritiers et non par celle du *de cujus*, principe extrêmement critiquable, qu'avec la majorité des auteurs nous refusons d'adopter. Cet argument surabondant est donc assez mal choisi.

En résumé, l'affaire Forgo, célèbre par son admission du renvoi, a été surtout et dès le début, un débat sur le domicile : domicile autorisé, domicile de fait, domicile légal du mineur, domicile en droit français, domicile en droit bavarois, cette notion a été retournée sous toutes ses faces, avec d'autant plus de minutie qu'elle conditionnait la solution définitive du procès. Après douze ans de procédure, trois arrêts de cassation et trois arrêts de Cour d'appel, on est revenu au résultat des premiers juges, mais tandis que la première fois on obtenait ce résultat en accordant à Forgo un domicile en France, il a fallu ensuite une construction savante pour y aboutir encore, toujours grâce au domicile et malgré que l'on refusât à Forgo un domicile effectif aux yeux de la loi française.

Retenons la solution donnée par l'arrêt de Toulouse sur deux points qui nous intéressent : 1^o la détermination du domicile légal d'un mineur appartient cumulative-ment à la loi nationale de ce mineur et à la loi territoriale (ou peut-être la *lex fori*, ou bien encore la loi nationale du représentant légal du mineur, ces trois lois n'en faisant qu'une dans l'espèce Forgo).

2^o La détermination du domicile d'un individu sur renvoi d'une loi étrangère appartient à cette loi étrangère (qui à vrai dire se trouvait être également la loi nationale de l'individu, mais la lecture des termes de l'arrêt ne peut pas laisser place à l'équivoque, et les auteurs qui voient dans la décision de la Cour de Tou-

louse l'adoption du système de la loi nationale ou de la loi territoriale nous paraissent faire une grave erreur).

N° 2. — *Affaire Bourgoise*. — Le même principe laissant à la loi renvoyante l'entière détermination du domicile auquel elle se réfère, a été appliqué ensuite expressément dans l'affaire Bourgoise (1). Lorsqu'on recherche la volonté des époux pour déterminer leur régime matrimonial, cette volonté doit-elle porter sur tel ou tel régime particulier ou sur telle ou telle loi organisant ensuite un régime légal donné ? La jurisprudence adopte cette dernière opinion, et l'intérêt de cette distinction se révèle immédiatement : c'est d'ouvrir un champ nouveau à la théorie du renvoi par l'introduction d'une hypothèse nouvelle et curieuse : le renvoi de la loi élue par l'autonomie de la volonté à la loi du domicile par exemple (2). C'est ce que décida le tribunal de la Seine qui inféra de l'intention des parties la soumission de leur association conjugale à la loi anglaise. Mais comme cette loi n'impose pas son régime légal aux époux dont le domicile matrimonial est à l'étranger, il rechercha où se trouvait le domicile matrimonial des époux Bourgoise. Il conclut alors que ce domicile n'était pas fixé en France, mais en Angleterre, et cela en examinant les faits à l'aide de la notion anglaise du domicile et de cette notion exclusivement et formellement. Ce fait d'autant plus remarquable qu'il existe une notion française du domicile matrimonial dont l'emploi est traditionnel en matière de régime des biens et à laquelle précisément le tribunal s'est bien gardé d'avoir recours, même à titre subsidiaire ou surabondant (3).

(1) Seine, 22 mai 1890, sous Paris, 25 novembre 1891, Clunet, 1892, p. 471, S. 1896, 2, 273.

(2) M. Mazas a étudié la question au Clunet 1907, p. 603 sous le titre « De la combinaison entre la théorie du renvoi et celle de l'autonomie à propos du régime matrimonial des époux mariés sans contrat ». Il présente ses observations à propos de l'arrêt Balsan, qui ne nous paraît pas topique et cite, outre l'affaire Bourgoise : Seine, 17 avril 1888, Clunet, 1888, p. 814 ; Seine, 8 janvier 1891, Clunet, 1891, p. 962, et surtout Douai, 2 février 1899, Clunet, 1899, p. 825.

(3) Notons enfin qu'en cette espèce le tribunal n'a fait qu'entériner la solution proposée par M. Clunet qui était un des avocats.

C'est encore l'application de la loi renvoyante que sous-entendent très nettement deux arrêts de la Cour de Paris, l'un du 31 juillet 1895 (1), l'autre du 13 mars 1899 (2).

Le 19 avril 1901 (3), le tribunal de Pau admettant le renvoi dans une affaire de succession mobilière recherche le domicile du *de cuius* exclusivement d'après sa loi nationale, et, pour ce faire, se livre à une étude très sérieuse du domicile en droit américain (4).

N° 3. — *Affaire Marrasch*. — La Cour d'Aix trancha le 9 juillet 1903 (5) une affaire où le domicile jouait sous différentes formes un rôle aussi important que dans l'affaire Forge et encore moins élucidé l'affaire Marrasch.

Marrasch, turc d'origine, né en 1840, avait quitté définitivement la Turquie en 1862 pour s'établir en Angleterre. En 1868, il obtenait dans ce pays la denization, qu'en 1872, il put transformer en naturalisation, conformément aux dispositions de la loi anglaise de 1870. En 1882, il vint se fixer à Marseille, où il mourut en 1900. Lorsque se posa la question de la dévolution de la succession, il fallut savoir s'il était turc ou anglais, car, en vertu de la loi ottomane, un cousin du défunt prétendait évincer partiellement l'autre héritier, une sœur à laquelle la loi anglaise (comme d'ailleurs la loi française) attribuait la totalité de la succession. Le cousin turc prétendait que le *de cuius* n'avait pu perdre sa nationalité d'origine, car la loi ottomane du 19 janvier 1869 déclare nulle et non avenue la naturalisation acquise à l'étranger par un sujet ottoman sans l'autorisation préalable du gouvernement impérial. On ripostait que cette loi, d'ailleurs postérieure à l'acquisition de la nationalité anglaise, ne s'appliquait qu'aux turcs domiciliés à l'étranger (mais en réalité ce point était essentiellement controversable).

Comment et suivant quelle loi, turque, anglaise ou

(1) S. 1899, 2, 105.

(2) Clunet, 1899, p. 794, aff., Coralie Soulié.

(3) Clunet, 1902, p. 858 et 1903, p. 875.

(4) De même, Douai, 2 février 1899 (Clunet 1899, p. 825, aff. Anderson), tout aussi net dans une espèce analogue.

(5) Dalloz, 1905, 2, 73, S. 1905, 2, 257.

française devait s'apprécier le domicile de Marrasch en 1869 ? Ce point ne fut pas élucidé, le domicile du *de cujus* en Angleterre n'étant pas douteux en fait. Ensuite se posait une deuxième question : le tribunal ayant admis que Marrasch avait acquis la nationalité anglaise, que sa succession mobilière devait être régie par cette loi, que cette loi renvoyait à la loi du domicile et ayant accepté le principe du renvoi, suivant quelle loi devait-il apprécier ce second domicile, celui du moment du décès, selon la loi anglaise ou selon la loi française ? Dans un jugement du 11 juillet 1901 le tribunal aperçut très bien cette question (qui échappa à la Cour d'Aix) et détermina le domicile uniquement d'après la loi anglaise, qu'il étudia à cette intention. Enfin si l'on devait admettre que le *de cujus* n'avait pas de nationalité certaine ou que les deux lois, turque et anglaise, étaient en conflit, comment résoudre ce conflit ? Le tribunal et la Cour ont répondu : en donnant à Marrasch le statut personnel de son domicile. Mais comment apprécier ce domicile ? A cela ils n'ont pas répondu bien nettement, mais il semble que la Cour d'Aix ait accordé une place prépondérante à la notion française, donc à la *lex fori*.

N^o 4. — *Affaire Knowles*. — Au début du vingtième siècle, une tendance contraire au renvoi commença à se manifester en jurisprudence. L'arrêt de Paris du 1^{er} août 1905, en des termes retentissants, se prononça contre cette théorie, mais l'argumentation de la veuve Samory, qui succombait en cette affaire, tendait, si le renvoi avait été admis, à apprécier le domicile selon la loi de la Louisiane et selon elle seule (1). A la même époque l'arrêt de la Cour de Pau du 11 juin 1906 dans l'affaire Knowles rejeta également le renvoi (2) mais non sans constater dans un motif surabondant : « attendu d'ailleurs en fait qu'il n'est à aucun point de vue possible de considérer les époux Knowles comme ayant été domiciliés à Montjoli, lieu de leur décès ; qu'il n'est d'abord pas prétendu qu'ils aient

(1) D. 1906, 2, 187 ; S. 1908, 2, 257.

(2) S. 1908, 2, 257 ; D. 1907, 2, 1.

été admis à domicile conformément à l'art. 13, qu'ils n'avaient donc pas de domicile légal en France ; qu'en second lieu et alors même qu'on l'envisagerait selon la loi anglaise qui exige comme la loi française le double élément de la résidence et de l'intention, le domicile de fait allégué n'a pu être réalisé par une simple résidence ». Et M. Colin dans sa note au Dalloz sous cet arrêt a aperçu semble-t-il l'importance de la question.

Très brièvement dans son arrêt du 31 mars 1908 (1) la Cour de Grenoble qui est restée fidèle au renvoi, est également restée fidèle au principe de l'application exclusive de la loi renvoyante. Le même principe se retrouve dans un jugement du tribunal de Nice du 11 novembre 1912 (2)

N° 5. — *Affaire du major X...* — Un jugement plus net encore en ce sens est celui du tribunal de la Seine du 20 juillet 1923 (3). Il s'agissait de la détermination de la capacité (à l'effet de reconnaître un enfant), d'un anglais résidant en France. Le tribunal sur les conclusions du substitut Sugier, observa que, d'après la loi française, le major X... était très certainement domicilié en France mais que la notion anglaise (qu'il examina attentivement) était d'un avis opposé et que cet avis devait prévaloir ; en conséquence il décida que l'individu n'était pas domicilié en France. Le principe de la solution du tribunal est donc bien net, si net qu'il a attiré l'attention de M. Perroud au Clunet sur le conflit de lois en matière de domicile, et que cet auteur remarque : « s'agissant de savoir si un anglais était ou non domicilié en France, le jugement s'est placé au point de vue de la conception du domicile en droit anglais, ce qui paraît une erreur ». Nous ne partageons pas cet avis, mais il faut reconnaître que le tribunal a commis une erreur de méthode en recherchant le domicile du major X... avant d'admettre le renvoi, au lieu de ne le rechercher que comme conséquence du renvoi ; erreur d'autant plus choquante que, dans la suite de ses atten-

(1) S. 1908, 2, 25.

(2) Clunet, 1914, p. 204.

(3) *Gaz. Pal.*, 1923, 2, 548 ; Clunet, 1924, p. 404.

dus, le tribunal s'est prononcé contre le renvoi, ce qui rendait superflu son raisonnement sur le domicile.

N^o 6. — *Affaires diverses*. — La Cour de Rennes, le 24 juillet 1923 (1) décidant que « la loi américaine renvoie à la loi du domicile en matière de statut personnel et ce renvoi peut être accepté par les tribunaux français » prit soin de faire remarquer aussitôt : « mais il faut pour cela que la personne intéressée ait, *aux yeux de la loi américaine*, son domicile en France ».

De même le tribunal de Grasse, le 3 mai 1926 (2) affirme « qu'il faut rechercher ce que la loi qui prononce le renvoi entend par domicile » sans faire intervenir d'autre loi. Le principe est ici affirmé de la façon la plus explicite et la moins contestable.

Une des plus récentes décisions en la matière, un jugement du tribunal de Rouen du 19 décembre 1927 (3) apprécie également à l'aide de la notion anglaise le domicile d'un anglais en France. Cependant cette dernière décision, pour plus de sûreté, constate que la solution est également justifiée par l'application de la notion française.

N^o 7. — *Affaire Marchi della Costa*. — Mais le 12 avril 1929 (4) la Cour de Paris rendit un arrêt contraire à toute la jurisprudence antérieure. Il s'agissait de la succession de l'Argentin Marchi della Costa, mort en France le 1^{er} décembre 1910. Un arrêt de la même Cour avait décidé le 18 mars 1913 que les tribunaux français étaient bien compétents pour connaître de cette affaire. Mais au sujet de la dévolution de la succession mobilière du *de cujus*, la Cour de Paris décida qu'elle devait être régie par la loi nationale du défunt qui ne possédait pas en France un domicile autorisé; or cette loi, loi argentine,

(1) Clunet, 1924, p. 410.

(2) Clunet, 1928, p. 1022.

(3) Clunet, 1928, p. 1027, D. H., 1928, p. 208.

(4) S. 1930, 2, 129, note de M. Niboyet, Clunet, 1930, p. 405, note J. Perroud.

renvoyait à la loi du domicile. La Cour estima que seule la loi française pouvait déterminer le domicile en question, car le domicile est une question d'ordre public et nul ne peut être domicilié en France sans le consentement de la loi française. C'est le triomphe du système de la loi territoriale. En conséquence, la Cour de Paris décida que le seul domicile reconnu aux étrangers en France avant la loi de 1927 était le domicile autorisé de l'art. 13 C. c. et que, faute par le défunt de posséder ce domicile, il n'y avait pas lieu à renvoi.

Nous avons dit que nous ne saurions admettre cette opinion, bien qu'elle ait reçu l'approbation de M. Niboyet dans sa note sous cet arrêt. Nous pensons qu'il y a là, de la part de la Cour de Paris, qui fut toujours hostile au renvoi, une manifestation indirecte contre cette théorie qu'elle désapprouve, mais cette manifestation était particulièrement inopportune : d'une part, la suppression de l'art. 13 C. c. avait d'ores et déjà rendu inutile ce stratagème permettant d'écarter le renvoi ; d'autre part la Cour de Paris se mettait en contradiction avec son arrêt de 1913, car s'il n'existe pas d'autre notion française que celle du domicile autorisé, et si Marchi della Costa n'avait pas de domicile en France, sa succession n'avait pu s'y ouvrir et les tribunaux français étaient incompétents. Cette décision est donc essentiellement critiquable. Les tribunaux français ont également été impressionnés par ce fait que les tribunaux argentins saisis de cette affaire n'avaient pas, eux-mêmes, appliqué la loi française. Ils avaient donc trouvé une raison pour ne pas appliquer la loi du domicile (Clunet 1928, p. 1232). Un pourvoi a été formé contre cet arrêt ; la Chambre des requêtes en a prononcé l'admission sur le rapport de M. le Conseiller Pilon ; à l'heure actuelle la Chambre civile ne s'est pas encore prononcée.

Donc en ce domaine particulier de la détermination du domicile après renvoi, et si on laisse de côté l'arrêt divergent dont nous venons de parler, la solution plus ou moins explicite donnée par la jurisprudence au problème que nous étudions est parfaitement nette et homogène : *c'est à la loi qui prononce le renvoi à la loi du domicile, et*

à elle seule de définir de qu'elle entend par domicile. Qu'on ne nous objecte pas que cette loi s'identifie le plus souvent avec la loi nationale et que la solution qui résulte des arrêts laisse place à une équivoque que les partisans de la loi nationale voudraient exploiter. Il est clair qu'on ne peut se méprendre en présence de décisions aussi nettes que l'arrêt de Toulouse dans l'affaire de Forgo, le jugement de la Seine du 20 juillet 1923, et le jugement de Grasse du 3 mai 1926 : de plus il ne faut pas oublier que le renvoi à la loi du domicile n'est pas toujours prononcé par la loi nationale, l'affaire Bourgoise est là pour le prouver.

§ 4. — *Attitude de la jurisprudence sur la détermination du domicile pour l'exequatur*

Nous avons dit que la vérification de la compétence nécessaire à l'obtention de l'exequatur formait un troisième domaine où la jurisprudence pouvait nous fournir une solution fragmentaire du problème qui nous occupe.

Le seul arrêt que nous ayons relevé où les tribunaux français, saisis d'une demande en exequatur, aient été obligés de vérifier sérieusement le domicile d'une personne parce qu'il y avait controverse sur ce point est l'arrêt Spada. A propos de la succession de la demoiselle Nathalie de Komar, le comte Lavinio Spada et la princesse de Beauveau ont chacun saisi le tribunal, l'un de Macerata, l'autre de Rome (déclinant chacun la compétence du tribunal adverse) et ces deux tribunaux ont abouti à des déclarations contradictoires. Sur ces entre-faites, un sieur de Komar ayant engagé une troisième instance devant le tribunal de la Seine, le comte Spada et la princesse de Beauveau, défendeurs, ont reconventionnellement demandé l'exequatur, chacun de la décision italienne l'avantageant. La Cour de Paris, ainsi mise en présence de deux décisions contradictoires, a d'abord constaté que le tribunal compétent devait être celui du domicile de la *de cujus*, et cela, prit-elle soin de remarquer « d'après les règles du droit, les mêmes à Rome et dans le royaume d'Italie qu'en France ». Elle se mit donc

en devoir à son tour de situer le domicile de la défunte, et, statuant d'après les considérations de fait, malheureusement non rapportées, conclut que ce domicile était à Rome. Elle accorda donc l'exequatur à la décision romaine, et en conséquence le refusa à celle de la Cour d'Ancone : « considérant que ces décisions portent atteinte aux règles de compétence communes au droit italien et au droit français » (1). La Cour de Cassation rejeta le pourvoi (2). Notons que cette espèce est la seule où un tribunal français ait eu à examiner la compétence d'un tribunal étranger du point de vue purement interne, sans qu'une question de compétence internationale vint s'y mêler et dénaturer le problème, ou, pour employer la terminologie de M. Bartin, où un tribunal français ait statué en matière de compétence spéciale indirecte sur le domicile.

Au sujet d'une demande d'exequatur d'un jugement du tribunal de Naples, rendu entre deux étrangers, la Cour d'Aix le 16 janvier 1894 (3) sans s'occuper particulièrement du domicile, posa en principe que « pour apprécier la question de compétence, les Cours d'appel françaises doivent se placer au point de vue de la législation du pays où la sentence a été prononcée » ; c'est également ce que décida d'une façon générale un arrêt de Cassation du 9 décembre 1903 (4) pour le cas où il n'y avait pas dans la cause de parties françaises intéressées. C'est le système qui était adopté aussi bien en France (5) qu'à l'étranger (6). Mais un revirement complet se produisit à l'étranger (7), puis en France où un arrêt de la Cour de

(1) Paris, 11 mai 1869, S. 1870, 2, 10.

(2) Requêtes, 27 avril 1870, S. 1871, 1, 91.

(3) S. 1894, 2, 40 ; c'est également la solution qui ressort d'un jugement de Boulogne-sur-Mer, 1^{er} décembre 1899 (Clunet, 1901, p. 785) que nous rappelons ci-dessous, p. 156

(4) S. 1909, 1, 267.

(5) Cassation, 27 avril 1870, précité ; Paris, 24 novembre 1873, Clunet, 1875, p. 19 ; Nancy, 6 juillet 1877, S. 1878, 2, 129 ; Paris, 13 février 1883, Clunet, 1883, p. 286 ; Besançon, 20 novembre 1889, S. 1892, 2, 269.

(6) Cassation Palerme, 11 avril 1893, S. 1895, 4, 21 et 13 août 1897, S. 1899, 4, 25 ; Cour suprême d'Autriche, 9 avril 1893, S. 1894, 4, 25 et les références.

(7) Cour suprême d'Autriche, 16 juillet 1895, S. 1896, 4, 25, note A. W. ; Naples, 27 mai 1907, S. 1910, 4, 20, affaire de Bari.

Paris du 17 mai 1922 (1) et un arrêt de la Cour de Cassation du 2 mai 1928 (2) ont affirmé catégoriquement qu'au cas d'exequatur la compétence du tribunal étranger devait être examinée d'après les principes du droit international privé français. Est-ce une condamnation de la jurisprudence antérieure ? Nous ne le pensons pas et nous croyons que la nouvelle solution doit être restreinte à la recherche de la compétence générale indirecte, et non étendue à celle de la compétence spéciale indirecte lorsque le tribunal étranger a statué entre plusieurs de ses propres ressortissants. En tous cas, même au point de vue de la compétence générale, le conflit de lois sur la détermination du domicile peut se produire, il suffit pour cela que la règle française de droit international privé, dont l'application est ainsi ordonnée par la Cour de Cassation attribue compétence au tribunal du domicile du défendeur ; le problème se trouvera donc simplement reculé.

Mais nous croyons qu'il serait téméraire de prévoir la solution que la jurisprudence lui donnerait, même compte tenu des principes que nous venons d'exposer. Ces derniers, rappelons-le se résument ainsi sur le sujet restreint qui nous occupe : la détermination du domicile d'un individu au cours d'une instance d'exequatur doit se faire selon la loi du tribunal qui a rendu la décision, si elle tranchait uniquement une question de compétence ou de droit interne ; si au contraire elle tranchait une question de compétence ou de droit international à laquelle l'Etat d'importation se trouvait intéressé, il doit examiner de nouveau la compétence et le fond du procès d'après ses lois seules et ses propres règles de conflit.

§ 5. — *Attitude de la jurisprudence sur la détermination du domicile dans les arrêts monétaires*

Nous avons dit précédemment que la Cour de Colmar avait aperçu le conflit de lois qui se posait sur un autre point, tout à fait particulier, celui de la revalorisation

(1) S. 1922, 2, 135.

(2) S. 1928, 1, 281.

des marks prévue par l'arrêté monétaire du 4 avril 1919 (1); elle avait en même temps posé un principe de solution, non pas général, mais spécial à l'application du texte visé, en ces termes : « pour l'application de ce texte, la qualité de domicilié ne peut dépendre de législations externes et diverses, elle est déterminée de façon générale et uniforme par la *lex fori* ». C'est donc, du moins sur ce point, l'application de la théorie de MM. Niboyet et Nast (2). Mais la Cour de Cassation dans son arrêt du 21 mars 1928 (3) transporte la question sur un autre terrain, en définissant le domicile prévu par l'arrêté monétaire.

Le système de la *lex fori* a été encore appliqué dans deux décisions récentes en matière de compétence. On sait que les tribunaux français se déclarent en principe incompétents, pour statuer sur les contestations entre étrangers. Mais l'évolution jurisprudentielle a complètement vidé ce principe de son contenu et c'est ainsi notamment que, pour se déclarer incompétents, les tribunaux exigent de l'étranger qu'il ait conservé des juges dans son pays, le plus souvent sous la forme d'un domicile attributif de juridiction. Or, et nous critiquerons plus loin cette solution, le tribunal de la Seine le 20 juin 1922 (4) et la Cour de Paris le 2 juin 1927 (5) dans des affaires différentes ont ainsi examiné le domicile allégué à l'étranger par des défendeurs excipant de leur extranéité, et ils l'ont fait selon la notion française du domicile, sans même se demander d'ailleurs, si une autre loi pouvait prétendre s'appliquer. Bien plus, hypothèse encore plus rare, ils ont donné raison aux défendeurs et jugé qu'ils avaient en effet bien et réellement leur domicile à l'étranger.

Nous n'ajoutons pas à cette étude de la jurisprudence l'arrêt de Nancy du 8 mai 1875 (6) cité par tous les au-

(1) Colmar, 14 janvier 1925, *Clunet*, 1925, p. 1044.

(2) Ce dernier dans sa note au *Clunet* sous cet arrêt.

(3) D. 1928, 1, 131. Voir ci-dessous, p. 126, la discussion de cette question.

(4) *Clunet*, 1923, p. 75.

(5) *Clunet*, 1928, p. 703.

(6) S. 1876, 2, 137.

teurs. Il s'agissait dans cette affaire de prononcer la faillite d'une société commerciale exerçant son industrie en France. Or les statuts de cette société fixaient le siège social à Namur. Le tribunal de Montmédy, puis la Cour de Nancy se déclarèrent cependant compétents, jugèrent en effet que le siège indiqué par les statuts était fictif, et prononcèrent la faillite. Ils ont donc appliqué la loi française et en particulier sa notion de siège fictif, mais cette espèce nous semble trop équivoque pour en tirer des conséquences sur le point qui nous occupe, et que la Cour n'a nullement envisagé.

Voilà les solutions fragmentaires que nous pouvons extraire de la jurisprudence française. Il nous paraît impossible de les rattacher à un système d'ensemble, d'autant plus qu'il serait singulièrement audacieux de prêter à nos tribunaux des intentions qui, à l'évidence, ont toujours été très loin d'eux. Il est clair qu'elles ne concordent pas non plus avec l'un quelconque des systèmes théoriques que nous avons exposés : loi nationale, loi territoriale, autonomie de la volonté, *lex fori*, etc...

Nous croyons cependant que les solutions de la jurisprudence sont en général bonnes en elles-mêmes et justifiables juridiquement. A chaque hypothèse pratique elle a donné la solution qui lui a semblé la meilleure, sans se soucier d'un principe général quelconque, ses conclusions lui ont été imposées par les faits. Cependant, nous croyons qu'elles peuvent cadrer avec une théorie générale de solution du conflit de lois en matière de détermination du domicile, théorie qui soit à la fois juridique et acceptable en fait, et que nous nous efforcerons d'établir dans notre section III.

§ 6. — *La jurisprudence étrangère*

N^o 1. — *Belgique*. — La jurisprudence belge a suivi la jurisprudence française au sujet de la détermination du domicile après renvoi, elle applique dans ce cas de la loi renvoyante. La Cour de Bruxelles le 14 mai 1881 (1)

(1) S. 1881, 4, 41.

appliqua à la recherche du domicile exigé par la loi anglaise pour le statut personnel de ses ressortissants, « les principes suivis en Angleterre ».

Pour prononcer le divorce entre deux allemands, le tribunal de Bruxelles le 1^{er} décembre 1894 (1) constata que la loi allemande renvoyait à la loi du domicile, et rechercha ce qui constituait le domicile « d'après la loi allemande ». Il conclut même : « attendu ... qu'en admettant donc que, dans l'espèce, le défendeur n'ait pas, dans l'arrondissement de Bruxelles, un domicile au sens de la loi belge, il résulte des constatations de fait visées au début du présent jugement, qu'il en a incontestablement un au point de vue de sa loi nationale ».

Plus précis encore fut le jugement du tribunal d'Anvers rendu le 31 janvier 1903 (2) : « attendu qu'à raison des conséquences que la loi anglaise s'attache au principe du domicile quant au statut personnel, il convient d'apprécier suivant les principes admis en Angleterre, les conditions auxquelles le régnicole anglais perd son domicile nouveau ». Le tribunal fit alors une étude très scrupuleuse du domicile du droit anglais (mais il est douteux cependant qu'un tribunal anglais eût statué dans le même sens).

N^o 2. — *Portugal*. — De même le jugement du tribunal de Lisbonne rapporté par M. da Veiga Beiras au *Clunet* 1908, p. 367 et qui admit le renvoi de la loi anglaise à la loi du domicile, fixa le domicile de l'intéressé au Portugal, en spécifiant bien que ce résultat était obtenu à l'aide de la loi anglaise, dont il analyse, lui aussi, le contenu sur ce point.

N^o 3. — *Suisse*. — Le seul exemple que nous ayons relevé dans la jurisprudence suisse porte aussi sur l'hypothèse du renvoi. La Cour de Genève, le 5 décembre 1919 (3), recherche « si les conditions auxquelles la juris-

(1) *Clunet*, 1897, p. 895, *Pasicrisie*, 1895, III, 299.

(2) *Clunet*, 1904, p. 973.

(3) *Clunet*, 1920, p. 279.

prudence américaine subordonne le droit de la femme d'acquérir un domicile séparé sont bien réalisées ».

N° 4. — *Angleterre*. — En Angleterre, la question s'est posée également à propos du renvoi, mais elle apparaissait dans ce pays sous un jour assez différent. Il suffit, pour s'en rendre compte, de lire l'opinion du juge Farwell dans l'affaire Johnson (1) « A mon avis, le véritable point de vue est le suivant : la question étant posée devant les tribunaux anglais doit d'abord être tranchée conformément à la loi que ces tribunaux sont chargés d'appliquer. Cette loi distribuera les biens mobiliers conformément à la loi du domicile du *de cuius* au moment du décès et, aux termes de cette loi, toute personne doit avoir un domicile quelconque, soit d'origine, soit de choix. Lorsque le tribunal a constaté que le domicile d'origine a été perdu par l'acquisition d'un domicile de choix, la dévolution des meubles suit le domicile de choix ; mais pour admettre qu'il y ait un nouveau domicile de choix, la loi doit s'être assuré qu'il a été adopté *animo et facto*, et il est essentiel que les deux conditions existent. Lorsque par conséquent la loi du pays que l'on suppose avoir été choisi comme le nouveau domicile ne tient aucun compte du domicile, que celui-ci n'a aucune conséquence juridique, on ne peut pas dire qu'il y ait eu en fait, un changement de domicile et l'affaire vient devant ce tribunal comme elle le ferait dans le cas où le justiciable a eu l'intention d'acquérir un domicile de choix, mais n'a pu mettre son projet à exécution. Aucun changement n'est effectué à moins que le fait ne soit prouvé, et le fait ne peut exister dans un pays qui ne le reconnaît point. La conclusion à laquelle est amenée la Cour est qu'un domicile de choix qui n'a pas pour conséquence de créer des droits et des obligations relativement à la dévolution des meubles dans le pays que l'on est censé avoir choisi, ne constitue pas à ce point de vue un domicile et que le justiciable conserve donc, dans ces conditions, son domicile d'origine ».

(1) L. R., 1903. Chancery, p. 821, et Clunet, 1904, p. 969. Le texte que nous citons est celui rapporté par Bentwich, Clunet, 1912, p. 716 et ss.

Ces paroles résument la jurisprudence anglaise à cette époque : les tribunaux anglais appliquent la loi anglaise, pour cela, ils recherchent le domicile de l'individu en cause, lequel, aux yeux de la loi anglaise s'acquiert *animo et facto*. Mais si la loi territoriale ne reconnaît pas la réalité du domicile prétendu ou ne lui fait pas produire les mêmes effets, le *factum* ne sera pas considéré comme établi ; comme il ne le sera nulle part ailleurs, l'anglais recouvre alors son domicile d'origine qui, dans la législation britannique, réapparaît dans tous les cas analogues. C'est ainsi que, lorsque la loi du domicile renvoie à la loi nationale, le juge anglais peut appliquer sa propre loi.

Cette jurisprudence ainsi affirmée par le juge Farwell dans l'affaire Johnson fut suivie dans l'affaire Bowes (1). Deux arrêts, Tootal (1883) et Abdul Messid (1889) avaient, en dehors du renvoi, exigé de même au domicile prétendu l'existence d'une législation qui saisisse le domicilié. Mais cette jurisprudence a été remplacée par des principes qui, à notre avis, sont plus sains. Déjà, dans l'affaire Loustalan (2) où il s'agissait de déterminer le domicile d'une Française ayant épousé un Français en Angleterre, afin de statuer sur la validité de son testament fait en Angleterre, le juge Lindley, de la Cour Suprême, avait nettement déclaré dans son opinion divergente : « Quant à la détermination du domicile de la testatrice, c'est d'après les principes de notre législation que nos tribunaux devront le faire ». Or, la dame Loustalan avait acquis en se mariant le domicile de son mari, et le juge Lindley appliqua également la loi anglaise au domicile de ce mari, le sieur Guillard, lequel était venu en Angleterre afin d'échapper à la peine d'emprisonnement qui avait été prononcée contre lui en France et qui ne repassa la Manche qu'une fois couvert par la prescription. D'après la loi française, Guillard devait être considéré comme domicilié en Angleterre; d'après la loi anglaise au contraire, il avait toujours son domicile d'ori-

(1) 1906, 22, T. L. R., 711.

(2) Clunet, 1902, p. 380.

gine, c'est-à-dire la France. Le juge affirma qu'il fallait suivre uniquement la loi anglaise sans tenir le moindre compte du système français. C'était donc la condamnation du système de la loi nationale (1). De récents arrêts sont venus d'autre part condamner la loi territoriale et la part d'influence que lui avaient consenti les arrêts Johnson et Bowes. La Chambre des Lords se prononça en ce sens le 28 octobre 1918 dans l'affaire Casdagli (2). Lord Scrutton, à la *Court of Appeal* critiqua en effet les précédents Tootal, Abdul Messid et Johnson : « En principe, dit-il quiconque s'établit dans une intention de permanence se domicilie. Il acquiert un domicile et une *lex domicilii*, quelle que soit d'ailleurs la loi dont le souverain ordonne l'application ». Son opinion prévalut devant la Chambre des Lords, et ceci était d'autant plus remarquable que la solution aboutissait en fait à un déni de justice (Le lord chancelier Finlay déclara d'ailleurs que cette éventualité ne saurait influencer sur la solution de l'affaire ; or on sait qu'en France cette considération a fait fléchir au contraire le principe jurisprudentiel de l'incompétence dans les litiges entre étrangers).

Le 21 mai 1926 la Chancery Division rendit un arrêt dans le même sens (3). Il s'agissait de déterminer le domicile d'une dame Annesley, afin de statuer sur la validité de ses différents testaments. Le juge Russell indiqua dès le début de ses observations que la loi anglaise et la loi française étaient en conflit sur ce point ; d'après la loi anglaise, la défunte était en effet domiciliée en France, mais n'ayant pas obtenu du gouvernement de la République l'autorisation prévue à l'article 13, elle n'avait pas, aux yeux de la loi française, un domicile légal suffisamment caractérisé. Or on se souvient que d'après la jurisprudence de l'arrêt Johnson un domicile non

(1) Les juges de la majorité Rigby et Williams qui décidèrent que le domicile était en Angleterre, le firent cependant, eux aussi, selon la loi anglaise, mais leur solution diffère parce qu'ils furent moins rigoureux sur la recherche de l'intention. D'ailleurs le résumé que nous en avons présenté ne peut donner qu'une faible idée de l'extraordinaire complication que présentait cette affaire.

(2) L. T. R., 119, p. 403 ; L. T. R., 120, p. 52, Clunet, 1921, p. 252.

(3) 42, T. L. R., 584.

sanctionné par l'autorité territoriale ne serait pas suffisant, aux yeux de la loi anglaise, pour écarter le domicile d'origine. « Une telle prétention, dit alors le juge Russell, me paraît incompatible avec plusieurs décisions rendues par la juridiction de ce pays ». Se livrant à une recherche plus approfondie qu'on ne l'avait fait jusqu'ici, il découvrit quelques-uns de ces précédents dont l'importance est capitale dans la jurisprudence anglaise (1). Le Lord Justice Lindley avait déclaré en 1900, dans l'affaire Martin (2), que seule la loi anglaise devait être consultée à l'exclusion des exigences et formalités de la loi territoriale et il avait signalé à ce propos que les arrêts : Hamilton c. Dallas (1873) (3), Bremer c. Freeman (1857) (4), Collier c. Rivaz (1841) (5) et Anderson c. La Neuville (1854) (6) avaient tous décidé que des Anglais étaient domiciliés en France ou en Belgique, bien qu'ils n'eussent pas obtenu l'autorisation gouvernementale prévue à l'article 13 du Code civil de ces deux pays (7). C'est pourquoi le juge Russell conclut ainsi : « J'estime que la question de savoir si, à sa mort, Mrs Annesley était domiciliée en France, doit être fixée en déterminant si elle avait abandonné son domicile en Angleterre et acquis un domicile français de son choix, *conformément aux exigences de la loi anglaise*, c'est-à-dire par le fait de la résidence combiné avec l'*animus manendi*, et ceci indépendamment du fait qu'elle avait ou non accompli les formalités exigées par la loi française pour qu'elle pût être considérée par elle comme domiciliée en France ».

Cette jurisprudence nous paraît la meilleure ; on voit qu'elle se résout dans l'application de la *lex fori*, c'est-

(1) Dicey dit à ce sujet (p. 820, en note) : « Il est difficile de supposer que la décision dans l'affaire Bowes eut été celle que l'on connaît si les précédents en question avaient été portés à la connaissance de la Cour ».

(2) 16, T. R., 354.

(3) 1st Chancery Division, 33, L. T. R., 495, Clunet, 1876, p. 377.

(4) 10 Moore, P. C., 305.

(5) 2 Curt., 855.

(6) Cour du Banc-de-la-Reine, 11 mars 1853, 9, Moore, P. C., 325 ; les tribunaux français ont eu également à connaître de cette affaire : Cassation, 19 avril 1859, D. 1859, I, 277 ; S. 1859, I, 411.

(7) En ce sens aussi Haute Cour (Probate et Admiralty), 17 février 1877, Clunet, 1877, p. 167, aff. Jack.

à-dire de la loi dont la règle de conflit a attribué son effet au domicile qu'il s'agit de déterminer. Par là elle concorde avec la règle de solution que nous proposerons dans la section III, mais notre étude de la jurisprudence anglaise est trop superficielle pour que nous soyons autorisé à y voir la consécration entière et parfaite de la théorie que nous soutiendrons.

Nous n'avons pas trouvé d'arrêt typique venant appuyer l'opinion émise par M. Lorenzen au *Clunet* 1914 et par l'auteur de l'article paru dans la *Revue de d. i. p.*, de 1908, p. 392. Ces auteurs préconisent, nous l'avons dit, l'application de la *lex rei sitae* à la détermination du domicile ; la jurisprudence anglaise ne nous paraît pas les suivre ; peut-être cette tendance est-elle particulière à la jurisprudence américaine (1).

N° 5. — *Allemagne*. — Nous avons trouvé une espèce où le conflit de lois sur la détermination du domicile s'était posé devant le tribunal régional supérieur de Hambourg. Cette juridiction décida en effet que c'était une question préalable que celle de savoir « d'après quelle loi on doit décider la question du dernier domicile » (2). Le demandeur prétendait « que les conditions légales du domicile devaient se déterminer d'après la loi de la dernière résidence de fait » ; mais la Cour déclara qu'on ne pouvait s'en tenir à une circonstance aussi accidentelle, et qu'il fallait appliquer sur ce point : « soit la loi du dernier domicile incontesté, soit la loi du tribunal saisi du procès ». Et, chose curieuse, c'est en faveur de la première de ces deux lois que l'arrêt se prononça, par analogie avec la jurisprudence de droit interne.

N° 6. — *Pays-Bas*. — Enfin nous avons dit que c'était dans la jurisprudence des Pays-Bas que nous avons relevé les arrêts les plus nets et qui sont d'ailleurs très récents. Le premier fut rendu par la Haute Cour des

(1) M. Lorenzen cite un arrêt Abbot, rapporté, 24, *Law Quaterly Review*, p. 134.

(2) 23 février 1897, *Clunet* 1898, p. 941.

Pays-Bas en 1921 (1). Un Hollandais domicilié à Amsterdam et tuteur d'un enfant naturel allemand résidant avec sa mère en Allemagne réclamait des aliments au père présomptif. D'après le droit hollandais le domicile légal de l'enfant naturel se trouve chez son tuteur ; d'après le droit allemand, au contraire, il se trouve chez sa mère. Selon que l'on suivait l'un ou l'autre, les tribunaux hollandais étaient ou non compétents. Le conflit de lois était patent. Le tribunal, puis la Cour d'Amsterdam, virent dans le domicile du mineur une question de statut personnel et appliquèrent la loi allemande. Mais la Haute Cour réforma cet arrêt en déclarant : « Attendu... que ne peuvent être placés dans le statut personnel ni le domicile qui est assigné aux personnes par leur loi nationale à cause de la diminution de leur capacité, ni le domicile qu'elles choisissent et changent librement, que d'ailleurs il n'existe au fond aucune différence entre ces deux domiciles ; qu'il est vrai que dans ce cas-ci elles ne sont pas libres dans le choix de leur domicile, qui touche donc l'état juridique des personnes et dépend de lui, ainsi que c'est le cas avec les autres effets juridiques de cet état, *mais que par là ne fait pas partie du statut personnel ce qui lui est étranger par nature* ».

Cette exclusion de la loi nationale dans le cas où ses partisans sont justement plus nombreux qu'en aucun autre a été affirmé à nouveau le 26 novembre 1926 par le tribunal d'Amsterdam (2) qui est même allé plus loin et qui a formulé une règle générale de solution que nous n'hésitons pas à nous approprier : « Le tribunal ne peut se rallier à l'exposé du conseil du défendeur d'après lequel la question de savoir où quelqu'un a son domicile appartiendrait au domaine de ce qu'on appelle le *statutum personale* et que cette question devrait se résoudre d'après ce que stipule à ce sujet la loi nationale. *Cette question doit trouver sa réponse dans la législation qui, au fait d'avoir un domicile, rattache certains effets*. Si par exemple la loi hollandaise détermine que tous ceux qui

(1) Clunet, 1921, p. 631.

(2) Clunet, 1928, p. 1293.

habitent en Hollande doivent payer certaines contributions, il n'est pas possible de considérer un étranger comme exempt de cette obligation parce que, dans sa loi nationale, son domicile est ailleurs. De même la compétence du juge hollandais ne peut être régie que par la loi hollandaise, qui doit alors déterminer le domicile qu'elle a visé ».

Cette solution est celle-là même que nous avons trouvée la meilleure au terme de nos réflexions, et que nous allons maintenant exposer.

SECTION III

Essai d'une solution générale du problème

- § 1. — Énoncé et formules de notre règle de solution. Justification sommaire.
§ 2. — Le domicile est-il un lien de rattachement, une notion de droit public ?

§ 1. — *Énoncé et formule de notre règle de solution.*
Justification sommaire

Le domicile est une notion mêlée de fait et de droit ; la solution doit donc satisfaire à la fois les principes juridiques et les exigences de la pratique.

Le domicile est à la base de tous les rapports juridiques de droit privé, mais il touche également par certains côtés au droit public ; la solution pourra donc revêtir certains caractères exceptionnels.

Le domicile se rattache aux institutions les plus diverses, situées dans les domaines du droit les plus éloignés les uns des autres ; bien plus, la notion de domicile n'est pas la même, nous le verrons, dans toutes ces institutions, il n'a pas partout les mêmes effets ni surtout ne se compose des mêmes éléments ; la solution doit être assez souple pour convenir à des cas aussi divers, et c'est précisément leur manque de souplesse qui fait échouer tous les systèmes *a priori*.

Enfin le conflit de lois sur la détermination du domicile ne se présente jamais comme un conflit unique et principal, seul soumis à la décision des tribunaux. Evi-

demment, lorsqu'un point de droit est porté à l'appréciation d'un tribunal, c'est que les parties ont l'intention d'en tirer certaines conséquences. Cependant il arrive que la reconnaissance d'une situation, d'un état fasse l'objet d'une instance judiciaire. Il y a même des actions spéciales, des procédures spéciales (actions en rectification d'état civil, en déchéance de nationalité (loi du 10 août 1927, art. 10). Il n'est jamais arrivé, dans les annales de la jurisprudence, qu'un individu demandât à une juridiction de lui faire connaître où était juridiquement fixé son domicile, comme cela, simplement, sans utilité immédiate, sans que le tribunal ait à en tirer lui-même telle ou telle déduction.

Or ce lien inévitable de la notion de domicile aux conséquences qu'elle entraîne aussitôt qu'elle est mise en jeu et le fait même qu'elle n'est mise en jeu que dans ce but, nous conduit à formuler un principe général de solution du conflit de lois sur la détermination du domicile, principe puisé dans l'essence même du rôle du domicile et dont une logique impitoyable nous semble commander la déduction : « C'est à l'autorité qui fait du domicile une condition nécessaire à l'obtention d'un droit ou d'une qualité ou qui résout par le recours à la loi ou au tribunal du domicile un conflit de lois ou de juridictions préexistant, qu'il appartient de définir ce qu'elle entend par domicile ». Si l'on veut résumer cette règle dans une formule plus ramassée, nous dirons : « C'est la loi qui a déterminé l'effet du domicile qui seule doit en déterminer le lieu ». Il peut sembler que la détermination du lieu du domicile doive logiquement précéder celle de ses effets, et qu'en suivant la marche inverse notre système mette la charrue avant les bœufs. En réalité l'ordre pratique est bien celui que nous suivons. Chronologiquement c'est le problème des effets du domicile qui se pose le premier, le problème de la détermination de son emplacement ne vient qu'après lui et à cause de lui.

Si nous subdivisons maintenant la règle générale que nous venons de poser et que nous avons condensée en une seule formule pour en faire apparaître l'unité, si

nous la scindons de manière à l'introduire dans le cadre de la classification précédemment adoptée pour les différents domaines où se révèle l'action du domicile, nous aboutissons aux règles suivantes :

1° Lorsque le conflit de lois sur la détermination du domicile se présente en matière de nationalité, c'est-à-dire lorsque le domicile a pour effet d'accorder ou d'ôter à un individu la qualité de national, c'est à l'autorité qui lui a attribué cet effet de définir ce qu'elle entend par domicile.

2° Lorsque le conflit de lois sur la détermination du domicile se présente en matière de condition des étrangers, c'est-à-dire lorsque le domicile est exigé d'un individu à l'effet de lui accorder certains droits ou certaines qualités ou de lui imposer certaines charges, c'est à l'autorité qui pose cette condition, et à elle seule, de vérifier si elle est remplie.

3° Lorsque le conflit de lois sur la détermination du domicile se présente incidemment au cours de la solution d'un conflit de lois préexistant parce qu'il s'agit d'appliquer à une situation donnée la loi du domicile, c'est à l'autorité dont la règle de conflit préconise cette application d'une manière immédiate qu'il appartient de déterminer où se trouve le domicile.

4° Lorsque le conflit de lois sur la détermination du domicile se présente incidemment au cours de la solution d'un conflit de juridictions préexistant parce que compétence a été donnée au tribunal du domicile pour connaître d'un certain litige, c'est à l'autorité qui a attribué cette compétence d'une manière immédiate, et à elle seule, qu'il appartient de déterminer où se trouve le domicile.

5° Lorsque le conflit de lois sur la détermination du domicile se présente comme une question d'interprétation d'une convention internationale à propos d'une matière de droit privé, soit dans le domaine de la condition des étrangers, soit dans celui du conflit de lois ou de juridictions, le juge doit rechercher si les Hautes Parties Contractantes ont donné une définition du domicile qu'elles visaient, ou si une telle définition ne peut

raisonnablement s'induire de la convention elle-même et des pièces annexes ; à défaut de toute indication suffisamment nette, il devra peut-être faire concourir les différentes notions du domicile chez tous les Etats contractants, à la détermination du domicile litigieux.

Il pourra arriver que la loi que nous affirmons compétente se trouve être la *lex fori*, la loi territoriale, la loi nationale ou la *lex rei sitae*, mais nous montrerons qu'aucune de ces lois diverses, dans les cas où elles ne s'identifient pas avec celle dont nous préconisons l'application, n'a de raison valable de prévaloir sur elle.

Nous allons examiner en détail dans notre chapitre III les applications de notre règle et nous la justifierons dans chaque cas. Mais d'ores et déjà nous pouvons en montrer les avantages. Son principe est extrêmement simple, il est facilement justifiable, il peut s'appliquer sans aucune exception et d'une manière satisfaisante dans toutes les hypothèses où le conflit de lois peut surgir, enfin nous croyons pouvoir dire que la jurisprudence l'a obscurément pressenti.

Quelle loi serait mieux qualifiée pour déterminer le domicile, que celle à qui est due l'intervention de cet élément nouveau dans les relations internationales ou dans les péripéties d'où sortira la solution d'un conflit de lois ? Cet élément qu'elle introduit, elle l'introduit sous son contrôle, elle en détermine l'étendue et la portée, et aucune loi ne peut le faire pour elle, sans attenter à sa souveraineté. On ne peut contester en effet à un Etat souverain le droit de fixer comme il l'entend la sphère d'application de ses propres lois, et lorsque le domicile conditionne les limites de cette sphère, il ne peut s'agir que du domicile tel que cet Etat le comprend, car il faut que ces limites soient précises et non vagues et incertaines et le soin de les déterminer ne peut être abdiqué entre les mains d'une souveraineté étrangère, et surtout de n'importe quelle souveraineté étrangère. Si donc, pour une raison ou pour une autre, on est amené à consulter une loi sur son champ d'action, ce serait aller hypocritement à l'encontre du but que l'on s'est ouvertement proposé, que de ne pas lui laisser la liberté

entière de définir ce champ d'action et, par exemple, de ne pas utiliser pour ce faire les notions qu'elle emploie, dans le sens où elle les entend.

Quel que soit l'effet que doive produire le domicile, il faut demander la définition de ce terme à la loi qui a prévu cet effet et qui ne l'a prévu et sanctionné qu'en fonction de la seule notion du domicile à laquelle elle pouvait en référer, c'est-à-dire la sienne propre.

Notre théorie n'a pas, contrairement à ce que nous avons cru un certain temps, le mérite de la nouveauté, mais par une juste compensation, ces précédents lui donnent plus de garanties. On peut trouver dans Fiore, nous l'avons dit, les mêmes idées que celles qui ont inspiré notre formule ; on en retrouve également quelques-unes dans la thèse de M. Donnedieu de Vabres ; enfin notre solution est celle qui est très brièvement mais très nettement proposée par M. Bennet dans sa thèse de Toulouse en 1923 (1) en ces termes : « Il est, à notre avis, absolument nécessaire qu'il y ait identité entre la loi qui fixe le domicile et la loi qui en détermine les conséquences, car il est clair, selon nous, que lorsqu'un législateur donne effet au domicile, c'est à sa propre notion du domicile qu'il se réfère ». L'auteur applique donc tour à tour la loi française ou la loi étrangère, selon qu'on se trouve en présence de conséquences découlant de textes français ou au contraire de conséquences découlant de textes étrangers. C'est encore la solution qui se dégage nous l'avons dit, de la jurisprudence la plus nette et la plus explicite représentée par le jugement d'Amsterdam du 26 novembre 1926.

A cette théorie manquait encore cependant l'adhésion d'une haute personnalité du droit international, mais il ne faut pas oublier que le problème du conflit de lois sur la détermination du domicile était encore à peu près neuf, que c'est seulement dans ces dernières années que les auteurs et la jurisprudence commençaient à en prendre véritablement conscience, à l'approfondir sérieusement et à constater l'impuissance des théories

(1) P. 175, n° 143.

traditionnelles *a priori*, de sorte qu'il était permis d'espérer que ce système dont l'excellence ira toujours en s'affirmant pourrait, dans un avenir prochain, rallier quelque nom fameux parmi les spécialistes éminents qui se consacrent aux délicats problèmes du droit international privé.

§ 2. — *Le domicile est-il un lien de rattachement, une notion de droit public ?*

Il semble bien que cette espérance soit compromise depuis que la note de M. Niboyet au Sirey, 1930, II, 129 a donné un retentissement considérable à l'arrêt de la Cour de Paris du 12 avril 1929. Jusqu'ici seule la *lex fori* était, pour la loi que nous préconisons, une rivale sérieuse ; or, les différences qui les séparent sont minimes, plus apparentes que réelles (nous le montrerons dans nos chapitres III et IV, section I), elles reposent au fond sur les mêmes principes, et nous estimons que c'est uniquement la forme sous laquelle elle est présentée qui rend la théorie de la *lex fori* incomplète et inexacte. Mais le plus ferme défenseur de cette théorie, M. Niboyet, s'est, dans la note précitée, fait le champion du système de la loi territoriale. Un tel revirement est trop gros de conséquences pour que nous ne jugions pas utile d'attaquer plus complètement ce système, d'autant plus dangereux qu'il est séduisant. Cette critique doit trouver ici sa place naturelle, car elle constitue indirectement la défense nécessaire du système que nous préconisons de notre côté.

Nous ne reviendrons pas sur les difficultés pratiques de la théorie de la loi territoriale, sur son caractère purement négatif et incapable de construction. M. Niboyet affirme que le domicile est un lien de rattachement, qu'il est une demi-nationalité, qu'il soulève les mêmes problèmes que la nationalité elle-même, que son caractère de droit public met les mêmes obstacles à sa détermination qu'à celle de la nationalité. Est-ce exact ? Nous ne le pensons pas. Que le domicile joue parfois le rôle de lien de rattachement à une souveraineté, c'est certain,

mais c'est là un rôle exceptionnel et subsidiaire qui ne saurait être mis sur le même pied que l'allégeance. Chaque fois que le domicile agira dans ce domaine, notre système amènera à tenir compte de la loi territoriale qui intervient alors au premier plan, mais dans tous les autres domaines où le domicile intervient à des titres si divers, et n'a plus du tout le caractère de lien de rattachement, la loi territoriale n'a nullement droit à une place prépondérante. Sans doute le domicile, comme la nationalité, domine la distinction des différents droits civils sans en faire partie. C'est un procédé de classification, une notion indispensable à la mise en œuvre des droits, mais il ne se tient pas sur le même plan que la notion de la nationalité (1). Cette dernière est purement politique, ses effets sont essentiellement de droit public, s'il en est quelques-uns qui touchent au droit privé, ils sont subsidiaires et exceptionnels ; tandis que dans la notion de domicile, au contraire, ce sont les effets de droit privé qui forment la règle, et les effets de droit public ne sont que l'infime exception.

La notion de domicile, en droit français tout au moins, n'est pas et ne peut pas être un lien de rattachement. Même sous l'ancien régime, où le domicile déterminait de façon régulière le statut personnel, il ne pouvait être assimilé à la notion moderne de nationalité. Les rôles peuvent paraître voisins, mais l'essence n'était pas identique. Or le Code civil a restreint sensiblement l'importance du domicile, le confinant dans des attributions de pur droit privé. Bien mieux, c'est au moment précis où l'on vient d'abolir la seule anomalie dont on pouvait tirer argument en faveur de la nécessité d'une consécration du domicile par l'autorité territoriale, à savoir l'admission à domicile de l'article 13 C. c., c'est au moment où disparaît son seul appui, que la théorie du domicile institution de droit public, prend une amplitude nouvelle. Nous verrons d'ailleurs que cet article 13 était en

(1) Cf. M. LEVY-ULLMANN à son cours : « Le domicile (en droit français) est une institution de police civile; on veut que l'individu ait une relation juridique non avec la France entière, mais avec un lieu déterminé du territoire français, pour le bon ordre de la Société civile française ».

rapport direct avec le système français sur la nationalité et n'aurait pas dû influencer sur la notion, très différente, du domicile.

Il n'apparaît donc pas du Code civil que le domicile soit avant tout un lien de rattachement. Cela n'apparaît pas davantage de la jurisprudence. On sait que l'arrêt Marchi della Costa est en contradiction avec toute la jurisprudence antérieure sur la matière, y compris celle de la Cour suprême. Mais on peut encore relever dans les grands courants de la jurisprudence française d'autres preuves que le domicile n'est pas considéré comme une institution de droit public.

Tout d'abord, nos tribunaux consentent, nous le verrons, à reconnaître aux Français un domicile à l'étranger ; ils admettent donc qu'ils peuvent délier sans difficulté le lien qui les rattachait à ce point de vue à la souveraineté française, et en contracter un nouveau avec une souveraineté étrangère ; or, jamais nos tribunaux n'ont consulté sur ce point la loi territoriale. Ils ne l'ont pas consultée non plus dans les arrêts que nous citerons, par lesquels ils ont domicilié des étrangers à l'étranger. Enfin il leur est arrivé bien souvent de ne pas en tenir compte lorsqu'ils ont admis que les étrangers pouvaient posséder en France même, en dehors de l'article 13, « un domicile susceptible de produire de nombreux effets ».

De même on sait que des arrêts récents ont vu dans l'octroi de la nationalité française un acte de la puissance publique échappant à l'appréciation de nos tribunaux qui ne peuvent lui appliquer notamment l'adage « *fraus omnia corrumpit* ». Pour le domicile, au contraire, la jurisprudence n'hésite pas à appliquer cette vieille maxime.

La jurisprudence anglaise a essayé, au contraire, nous l'avons vu, de faire sa place à la loi territoriale ; elle a exigé l'existence au pays du domicile, d'une législation qui « saisisse » le domicilié. Cela était compréhensible dans un pays où le domicile joue un rôle politique, un rôle de droit public qu'il n'a pas en France (1). Pourtant

(1) M. LÉVY-ULLMANN (à son cours 1930-1931) pense en effet que la

la Chambre des Lords a condamné cette tendance ; comment dès lors pourrait-elle prévaloir chez nous où l'esprit de notre législation s'y prête encore moins ?

Nous sommes convaincu que la jurisprudence française n'acceptera jamais de considérer le domicile comme un lien de rattachement, comme une institution de droit public dont la détermination doit en conséquence toujours et partout être confiée à la loi territoriale. Elle est trop avertie pour cela des exigences de la pratique ; la Cour de Paris a pu se servir de cet argument comme expédient pour se soustraire au renvoi, son exemple ne sera pas généralisé. Il y a en effet à cela une raison pratique certaine : le domicile ne peut pas être un lien de rattachement, la notion de domicile n'a pas la précision et l'unité nécessaires. On verra dans notre seconde partie que, en droit français en particulier, le domicile n'est pas le même en droit interne et en droit international, qu'il n'est pas le même non plus dans les institutions juridiques différentes où il apparaît : dans la succession que dans la compétence, dans le contrat de mariage que dans le commerce, dans le droit forestier que dans le droit fiscal.

Le pavillon du domicile couvre un grand nombre de marchandises dissemblables ; dix notions s'abritent sous ce nom fallacieux. Le domicile n'a pas l'unité nécessaire pour être un lien de rattachement.

On nous répondra que des droits étrangers en font cependant le régulateur du statut personnel. Mais, même dans ce cas, qui est celui de notre ancien droit, le domicile n'atteint pas encore au plan sur lequel se tient la nationalité. De plus, le domicile, dans ce cas, est précisé, défini, caractérisé, pour le rendre utilisable sans confusion, on ne peut pas dire encore que *le* domicile soit un lien de rattachement, mais tout au plus qu'*un* domicile déterminé est alors un lien de rattachement. A ce domi-

conception anglaise du domicile est sœur de la conception française de la nationalité, elle est, comme dans l'ancien droit, « le territoire légal soumis à un système de droit déterminé ». Du reste, cette notion n'a *aucun rôle* en droit interne anglais.

cile conviendra peut-être l'application de la loi territoriale, mais elle ne saurait s'étendre aux autres.

On se trouve alors ramené à une situation très voisine de celle qui existe en droit français.

Ceux qui font du domicile un lien de rattachement sont obligés d'y voir une question d'ordre public. Or ni pratiquement ni théoriquement on ne peut soutenir que la détermination du domicile constitue toujours et obligatoirement une question d'ordre public (1). En tous cas si l'établissement du domicile sur le territoire de l'Etat X est une question d'ordre public aux yeux de la loi de cet Etat X, ce n'est nullement une question d'ordre public aux yeux des tribunaux d'un Etat Y recherchant le domicile d'un individu en vertu de leur propre *lex fori*, ou même d'une loi Z à laquelle s'est référée la *lex fori*.

Il y a là si peu une question d'ordre public que les tribunaux de l'Etat X eux-mêmes ne seraient pas liés par les dispositions de leur propre loi. Un exemple montrera immédiatement ce que nous entendons par là. Un anglais domicilié en France sans autorisation du gouvernement étant décédé, le tribunal français saisi de cette question avant 1927 règlera la dévolution de sa succession mobilière d'après sa loi nationale : loi anglaise. Pourquoi ? Parce que le défunt n'a pas en France de domicile suffisant, celui de l'article 13 C. c. Mais la loi anglaise renvoyant en pareil cas à la loi du domicile, le tribunal se livre à un nouvel examen et déclare que ce domicile étant situé en France, c'est la loi française qui s'appliquera. Que devient l'autorité de la loi territoriale qui tout à l'heure refusait en France au *de cujus* un domicile proprement dit ? Si cette disposition était d'ordre public, les tribunaux français pourraient-ils passer outre ? C'est d'ailleurs ce qu'a compris la Cour de Paris dans l'affaire della Costa lorsqu'elle a refusé de suivre le processus ordinaire en matière de renvoi, et cela confirme notre interprétation de la jurisprudence antérieure.

Ce qui est d'ordre public, ce n'est pas la détermination

(1) En ce sens : BENNET, p. 173 ; WEISS, III, p. 325. — *Contra* : CHAVANNES, p. 99.

du domicile, c'est celle de ses effets, ou plutôt de certains de ses effets. Le domicile en lui-même n'est rien, nous l'avons déjà dit, ce sont ses effets qui sont tout, c'est pourquoi c'est à la loi qui a déterminé d'avance les effets du domicile qu'il appartient ensuite d'en déterminer le lieu. Quelle est la loi qui détermine les effets du domicile ? Ici nous sortirions du cadre de notre étude, disons seulement qu'elle peut être diverse, mais que, lorsque ces effets seront d'ordre public ce sera la *lex fori* ou une loi qui en découle. Donc, *l'objection des partisans de la loi territoriale nous dépasse et s'adresse à la détermination des effets du domicile*, question que nous devons laisser entière, car sa discussion nous entraînerait trop loin, et nullement à la détermination de l'emplacement du domicile, qui n'en est qu'une conséquence.

CHAPITRE III

Application de la règle selon les différents domaines du droit international privé

Après avoir précédemment mis en lumière le problème et recherché la solution qu'il convient de lui donner, nous allons examiner dans ce chapitre l'application de la règle que nous avons proposée à toutes les catégories d'hypothèses où le domicile est appelé à jouer un rôle. Nous vérifierons dans chacune d'elles que le principe uniforme dont nous nous inspirons est le seul qui soit à la fois théoriquement justifiable et acceptable pratiquement. C'est la meilleure démonstration que nous puissions faire en sa faveur. C'est pourquoi parcourant tous les domaines juridiques où le domicile apparaît suivant la classification que nous avons adoptée, nous examinerons successivement : dans une section première la matière de la nationalité et de la condition des étrangers ; dans une section seconde, la matière du conflit de lois ; dans une section troisième la matière des conflits de juridiction, dans une section quatrième, la matière des conventions internationales.

SECTION I

Nationalité et condition des étrangers

1° Nationalité.

- § 1. — Rôle du domicile dans les lois sur la nationalité.
- § 2. — Loi qui doit déterminer le domicile dans ce cas ; justification ; préférence qu'il faut lui donner sur la loi nationale, sur la loi territoriale, sur la *lex fori*.
- § 3 — Attitude de la jurisprudence.

2° Condition des étrangers.

- § 1. — Rôle du domicile dans la condition des étrangers.
- § 2. — Loi qui doit déterminer le domicile dans ce cas ; justification ; préférence qu'il faut lui donner sur la loi nationale, sur la *lex fori*, sur la loi territoriale.
- § 3. — Attitude de la jurisprudence. (affouage, arrêts monétaires, droits civils en général).

Nous avons dit qu'en cette matière, c'est-à-dire lorsque le domicile est exigé d'un individu à l'effet de lui accorder certains droits ou certaines qualités ou de lui imposer certaines charges, c'est à l'autorité qui pose cette condition, et à elle seule, de vérifier si elle est remplie. Nous examinerons tour à tour la nationalité, puis la condition des étrangers.

SOUS-SECTION PREMIÈRE. — *La nationalité.*

Au point de vue de la nationalité, nous n'allons envisager ici que le domicile mis comme condition par un Etat donné à l'acquisition ou à la perte de sa nationalité, à l'exclusion de la nationalité conditionnée par le domicile en matière d'annexion. Non pas que ce cas particulier échappe à la règle générale que nous avons posée (son principal mérite est en effet, selon nous, de ne comporter aucune exception) mais, comme l'annexion n'est jamais prononcée par un acte unilatéral, il ne constitue qu'un exemple du rôle du domicile dans les conventions internationales et traités, et trouvera tout naturellement sa place dans notre section quatrième.

§ 1. — *Rôle du domicile dans les lois sur la nationalité*

Donc sur le point qui nous occupe, la question se présente ainsi :

Certains Etats s'attachant au *jus sanguinis*, adoptent comme leurs nationaux, en quelque lieu qu'ils aient vu le jour, les descendants de leurs nationaux, et n'acceptent que ceux-là dans leur sein ; d'autres au contraire, c'est le système du *jus soli*, déclarent nationaux tous ceux qui sont nés sur le territoire, et se désintéressent des autres, quelle que soit leur filiation. Nous avons déjà dit qu'un Etat ne pouvait pas faire un choix théorique entre l'un ou l'autre de ces systèmes, mais que celui qu'il adoptait lui était en réalité imposé par sa situation démographique. De même, plutôt que de proclamer d'une manière absolue l'un de ces deux principes exclusifs, la plupart des Etats en font au contraire un mé-

lange qu'ils dosent savamment au fur et à mesure des nécessités politiques. C'est ici que le domicile joue un rôle, trait d'union tout indiqué entre le fait purement accidentel et matériel de la naissance, et le rapport abstrait et sentimental de la filiation. Dans les pays qui admettent le *jus soli*, il permet à des enfants de nationaux nés en territoire étranger de reprendre la nationalité de leurs ascendants (1); dans les Etats soumis au *jus sanguinis*, il tempère l'application trop stricte de ce principe pour donner au fait de la naissance sur le territoire une part dans l'acquisition de la nationalité et son influence en cette matière est parfois si forte, qu'il faut pour le combattre une manifestation de volonté contraire de la part de l'intéressé (2). Dans toutes, ou à peu près toutes les législations on retrouve le domicile comme une condition indispensable à l'obtention de la naturalisation et seuls peuvent en dispenser des services exceptionnels (3). En France, par exemple depuis la loi du 10 août 1927, les individus nés en France d'un étranger et qui sont domiciliés en France peuvent jusqu'à leur majorité réclamer la qualité de Français (art. 3) et s'ils ne le font pas ils deviennent Français d'office à l'âge de vingt et un ans sauf déclaration contraire de leur part (art. 4); s'il n'étaient pas domiciliés en France à leur majorité mais qu'ils le deviennent par la suite, quel que soit le lieu de leur naissance, on leur facilitera les formalités de la naturalisation (art. 6, 2^o et 3^o). Des dispositions analo-

(1) Bolivie, constitution du 15 février 1878, art. 32; Brésil, constitution du 22 juin 1890, art. 69; Chili, constitution du 25 mai 1883, art. 6; Colombie, loi 4 août 1886, art. 8; Equateur, loi 12 janvier 1897, art. 6; Paraguay, 24 novembre 1870, art. 35; Portugal; Uruguay, constitution du 10 septembre 1829, art. 6.

(2) France, Italie, art. 6 et 8 C. c.; Belgique, loi 8 juin 1903; Bulgarie, loi 4 décembre 1903; Danemark, loi 19 mars 1898, art. 2; Suède, 1^{er} octobre 1894, art. 2.

(3) Autriche, art. 29 C. c.; Belgique, loi 6 août 1881, art. 2; Brésil, loi 12 novembre 1902; Bulgarie, loi 4 décembre 1903; États-Unis; Grèce, art. 15 C. c.; Hongrie, loi 20-24 décembre 1879; Japon, loi 15 mars 1899, art. 9; Mexique, loi 28 mai 1886; Norvège, loi 21 août 1888, art. 3; Pays-Bas, loi 12 décembre 1892; Perse, loi 7 août 1874; Roumanie, art. 7, alinéa 1 de la constitution, art. 16 C. c.; Suède, loi du 1^{er} octobre 1894; Suisse, loi de 1903, art. 2; Grande-Bretagne, loi 12 mai 1870, art. 7.

gues ont existé dans notre droit depuis le Code civil (art. 9 C. c. ; loi du 26 juin 1889 en ce qu'elle modifie les art. 8-4^o, 9 et 10 du Code ; loi du 22 juillet 1893 en ce qu'elle modifie l'article 9 C. c.) et existent dans les législations les plus diverses. Inversement, le défaut de domicile peut amener la perte de la nationalité. Tel était le cas de l'ancien article 17 du Code, tel est encore celui de l'article 8 de la loi du 10 août 1927 pour la femme française qui épouse un étranger. A l'étranger existent encore ou ont existé des dispositions similaires.

§ 2. — *Loi compétente pour déterminer le domicile dans ce cas*

A quelle loi appartient-il de déterminer le domicile, de dire quels sont ses éléments, s'ils sont réunis, et où ils sont réunis ? Nous avons déjà répondu : *à la loi qui fait du domicile une condition pour l'acquisition de la nationalité ou au contraire de son défaut une cause de déchéance*. Et cette compétence est facile à justifier.

N^o 1. — *Justification*. — Il est admis à l'heure actuelle que, dans notre conception française du droit international, et la Cour de cassation l'a formellement affirmé toutes Chambres réunies (1), la nationalité, appartient au droit public de chaque Etat, sa souveraineté y étant engagée au plus haut point. Chaque Etat fixe comme il l'entend le domaine d'application de ses propres lois et sur son territoire il sera obéi passivement par tous ses tribunaux ; or il légifère en tout premier lieu pour ses nationaux, par conséquent c'est à lui de fixer quels individus il entend regarder comme ses nationaux (2) ; aucun autre Etat ne serait qualifié pour lui proposer son critérium, et ses pouvoirs sur ce point seront théoriquement sans limites tant qu'il n'existera pas un droit

(1) D. 1921, 1, 1 ; S. 1921, 1, 113.

(2) BARTIN (*Etudes sur les effets*, p. 112), dit incidemment : « S'il est une branche de la législation où se traduira plus nettement que partout ailleurs la souveraineté de l'Etat, c'est bien celle qui a pour objet d'en déterminer les ressortissants ».

public international qu'il serait tenu de respecter. La collocation de la nationalité d'un Etat est donc un acte de la puissance publique de cet Etat (si cet acte blesse l'ordre public dans les pays où il est invoqué, il va de soi que les tribunaux de ce pays obéiront à leur souverain et non au souverain étranger, mais précisément par le même argument tiré de la toute puissance de la souveraineté territoriale).

Quand la loi française reconnaît comme Français les individus nés en France qui sont domiciliés en France lors de leur majorité, il ne peut s'agir que du domicile tel qu'elle le conçoit ; quand elle retire la nationalité française, à la femme française qui épouse un étranger et va établir son premier domicile à l'étranger, c'est encore du domicile tel qu'elle le conçoit qu'il est question. Autrement, invoquant au gré de ses intérêts successifs une notion étrangère du domicile, notion qui pourra être entièrement différente de la notion française par son rigorisme ou au contraire par sa latitude, un individu pourra arriver par cet artifice subtil à se soustraire aux impôts, au service militaire, aux charges de toutes sortes, alors que la souveraineté française voudrait le revendiquer comme sien ; inversement il pourra exiger tous les avantages qu'elle accorde à ses sujets, voire même sa protection diplomatique à l'étranger, alors que la nationalité française a décidé de le retrancher du nombre des régnicoles. Qui ne voit que la souveraineté française serait ainsi bafouée et que l'ordre public subirait la plus grave des atteintes ? Il en est de même dans tous les pays. C'est donc la loi qui pose le domicile comme une des conditions de l'acquisition de sa nationalité, ou son défaut comme une des causes de sa perte, qui doit seule être appliquée.

N^o 2. — *Préférence qu'il faut lui donner sur la loi nationale.* — En effet il ne saurait être question ici de la loi nationale de l'individu : souvent il s'agira d'un apatride ou tout au moins d'un individu dont la nationalité est douteuse, tantôt la loi nationale s'identifie avec celle que nous préconisons (cas de déchéance, art. 8 de la loi

de 1927, etc...), dans tous les autres cas enfin, si l'individu possède une nationalité avant d'acquérir la nationalité française, comment pourrait-on, en dehors même des considérations d'ordre public et de souveraineté que nous avons développées, accorder à celle-là la prépondérance alors que l'individu va précisément en être dépouillé dans un instant et que par sa résidence prolongée en France, par sa naissance peut-être, il a donné à la loi française des titres tout à fait sérieux pour le faire.

N° 3. — *Préférence qu'il faut lui donner sur la loi territoriale.* — De même il arrivera le plus souvent que la loi que nous préconisons et la loi territoriale s'identifieront. Quand un Etat impose le domicile comme condition de l'acquisition de sa nationalité, c'est généralement un domicile sur son territoire. Mais cette identité n'est pas nécessaire, et lorsqu'elle ne se réalise pas, il est clair qu'il faut donner la préférence à notre loi et non à la loi territoriale. C'est ce qui peut arriver dans les cas de déchéance de la nationalité par suite d'un domicile plus ou moins prolongé à l'étranger. Dans ce cas, on peut concevoir deux systèmes : ou bien le tribunal constate que l'individu n'a pas eu depuis un temps donné son domicile dans sa patrie et, sans rechercher plus avant, prononce la déchéance. Telle doit être, à notre avis, l'attitude des tribunaux quand le texte qu'ils appliquent n'ordonne pas plus ou moins expressément d'employer le second procédé. Ce premier que nous appellerons négatif, est en effet celui qui respecte le mieux l'indépendance réciproque des Etats, et suffit pleinement au but que l'on se propose. Le second procédé que l'on pourrait appeler positif, consiste à examiner où se trouve réellement le domicile de l'individu, et, après avoir établi qu'il est dans tel Etat étranger depuis tant de temps, à prononcer la déchéance. C'est le système qui paraît imposé par l'article 8 de la loi du 10 août 1927 : pour prononcer la perte de la nationalité française, le tribunal doit rechercher où se trouve le premier domicile des époux afin de savoir s'il a été fixé hors de France car il se pourrait par exemple que depuis leur mariage jus-

qu'au jour du procès les époux aient mené une vie errante, toute de voyage, et n'aient encore acquis nulle part de domicile permanent. Enfin il pourrait arriver, et ce serait un point de vue facilement défendable, qu'un Etat, avant de dénationaliser ses sujets, exige d'eux un domicile par exemple de dix années, non seulement hors des frontières de la patrie, mais encore passées sans discontinuité appréciable sur le même territoire étranger. Dans ces cas la loi territoriale va se trouver en conflit avec la loi que nous avons désignée comme compétente. Cependant aucun de ses partisans n'a jamais osé soutenir qu'elle dût en pareil cas déterminer le domicile. A tous il a paru évident que l'ordre public était en jeu et nécessitait une exception sur ce point à leur théorie, nous ne pouvons que leur donner acte de ce désistement.

N° 4. — *Préférence à lui donner sur la lex fori.* — Pareillement la loi que nous préconisons doit prévaloir sur la *lex fori*. Etant donné que la question sera agitée, soit par voie principale (action en déchéance de nationalité, art. 10 de la loi de 1927), soit le plus souvent afin de bénéficier de certains droits ou de se soustraire à certaines charges réservées aux nationaux dans un Etat déterminé et par conséquent devant les tribunaux de cet Etat, notre loi et la *lex fori* coïncideront dans la grande majorité des cas. Cette coïncidence n'est cependant aucunement obligatoire, c'est ce dont les partisans de la *lex fori* ne semblent pas s'être aperçu, mais un exemple suffit à le démontrer. Bien des Etats prévoient que leur nationalité se perd par la naturalisation acquise en pays étranger (c'est en effet un principe de droit des gens que la nationalité doit être libre). Supposons qu'un Etat X allant un peu plus loin pour éviter les cas de double nationalité, dénationalise ses sujets par la simple acquisition légale d'une nationalité étrangère (1) et sup-

(1) Ce cas est purement imaginaire car si l'Etat doit respecter la volonté de son ressortissant qui veut changer de patrie il ne peut abdiquer toute autorité au point de laisser un Etat étranger s'annexer à son gré les nationaux voisins par le simple jeu de ses dispositions législatives et en

posons que par suite de son domicile en France dans les conditions de l'article 4 de la loi de 1927, un individu que sa filiation revêtait de la nationalité de l'Etat X en vertu des lois de cet Etat, soit par la suite investi de plein droit de la nationalité française. Les tribunaux qui auront à décider de la nationalité de l'individu en question, que ce soient ceux d'un Etat tiers ou même ceux de l'Etat X lui-même, devront dire : il faut, pour savoir si l'individu a perdu la nationalité de X savoir s'il a acquis la nationalité française ; or, il l'a acquise s'il était domicilié en France à sa majorité, il faut donc rechercher s'il avait son domicile en France, et cela, non d'après la *lex fori* mais d'après la loi française. En effet, cette *lex fori* est celle de l'Etat X ou bien a prescrit l'application de la loi de l'Etat X ; or l'Etat X abandonne complètement aux Etats étrangers le droit de s'approprier ses nationaux ; donc pour savoir si un Etat étranger use de ce droit, il n'y a qu'à consulter ses lois et à les appliquer comme ses tribunaux les appliqueraient eux-mêmes, y compris sa notion du domicile. Autrement, ainsi que nous l'avons déjà dit, on aboutirait tout simplement à violer en définitive la loi que l'on prétendait appliquer en principe. La *lex fori* a prescrit l'application d'une loi étrangère alors qu'elle était parfaitement libre de ne pas le faire, mais elle ne peut plus revenir sur cette concession par un moyen détourné ; le tout contient forcément la partie, et l'application de la loi étrangère à la détermination de la nationalité emporte nécessairement son application à la détermination, incidente, du domicile. La loi que nous préconisons peut donc différer de la *lex fori*, et doit dans ce cas être appliqué à l'exclusion de celle-ci. On trouvera plus bas, dans l'examen de la jurisprudence quelques exemples plus pratiques.

Il n'y a donc en théorie et en logique qu'une seule loi applicable indistinctement à tous les cas où le conflit de lois sur la détermination du domicile se présente en matière de nationalité, c'est celle qui fait du domicile une

dehors de toute manifestation de volonté de la part des intéressés, mais enfin, théoriquement, cela peut se concevoir.

condition de l'acquisition de sa nationalité ou au contraire de son défaut une cause de déchéance. L'examen de la jurisprudence nous montrera que c'est d'autre part la seule qui convienne aux nécessités pratiques.

§ 3. — *Attitude de la jurisprudence*

Nous y voyons en effet que les tribunaux français ont toujours appliqué en semblable hypothèse la notion fournie par la loi qu'ils appliquaient à l'espèce. Il est vrai que cette loi était généralement la loi française, donc la *lex fori*, que par suite la notion du domicile était celle de la *lex fori*, et que les partisans de cette dernière peuvent se prévaloir eux aussi de cette jurisprudence. Mais il s'est produit que le domicile soit posé comme condition de la nationalité par une loi étrangère, et alors nos tribunaux, dédaignant la *lex fori*, et parfois également la loi territoriale, n'ont pas manqué d'appliquer la loi étrangère selon les principes logiques que nous préconisons.

D'autre part, c'est toujours l'intention du législateur, la notion qu'il devait avoir du domicile que les tribunaux ont recherchée ; or, si ce législateur était généralement un législateur français, ce n'était pas toujours le même cependant ; les lois sur la nationalité se sont succédées et au fur et à mesure la jurisprudence qui avait à les appliquer recherchait ce qu'il fallait entendre par domicile, *c'est-à-dire ce que les auteurs de la loi à appliquer avaient entendu par domicile*.

Le cas le plus ancien, qui est un des plus typiques, se présente dans l'affaire Mosselman. Ce dernier prétendait que son père avait été naturalisé par l'article 4 de la constitution de 1793 qui déclarait Français les étrangers domiciliés en France depuis un an, car à cette époque il y dirigeait une maison de commerce, d'ailleurs annexe d'une maison établie à l'étranger. La Chambre des Requêtes le 11 avril 1848 (1) rejeta le pourvoi formé par Mosselman contre l'arrêt qui anéantissait sa prétention : « Attendu que rien dans ladite constitution n'autorise à

(1) S. 1848, 1, 606.

conclure qu'elle ait entendu donner au mot « domicile » dans la disposition ci-dessus une signification plus restreinte que celle qui lui est attribuée par les anciens comme par les nouveaux principes ; attendu en fait que l'arrêt a décidé que Mosselman père ne faisait que résider en France et qu'il n'y était pas domicilié ; que cette distinction de fait reposant sur une distinction juridique et *fondée sur le texte de la constitution de 1793*, l'arrêt attaqué ne peut être cassé pour s'être conformé à la lettre de la loi ».

Le 8 janvier 1872 la Cour de Bruxelles eut à interpréter l'article 8 du Code civil qui subsistait en Belgique dans son texte de 1804. Elle aussi rechercha dans l'intention du législateur qui l'exigeait, c'est-à-dire dans les travaux préparatoires du Code, le sens du mot domicile (1). Même recherche d'intention dans un arrêt d'Aix du 3 juin 1901 (2) et dans un arrêt de Paris du 18 novembre 1907 (3) qui tous deux déclarent après examen que « *le domicile exigé par l'article 8-4^o, doit s'entendre, non du domicile légal du mineur... mais de la résidence réelle et effective jointe à l'intention de fixer en France son principal établissement* ».

Nous devons cependant signaler un jugement du tribunal de La Rochelle rendu le 24 juin 1913 (4) dans une affaire Meyer. Georges Meyer était né en France en 1886 de parents suisses. En 1887 toute la famille était retournée en Suisse où le père était mort en 1891. Sa veuve était alors revenue en France immédiatement avec l'enfant, et, en 1913, on poursuivit Meyer pour insoumission. Le tribunal jugea que Meyer n'était pas domicilié en France à sa majorité car il avait, étant mineur, le domicile de son père, d'après l'article 108 C. c. dont il affirma le caractère d'ordre public, et n'avait pas manifesté depuis son intention d'en changer. Cette décision est justement critiquée dans sa note par Pierre Binet à

(1) D. 1872, 2, 13.

(2) S. 1903, 2, 167.

(3) D. 1908, 2, 358.

(4) Sous Poitiers, 14 janvier 1914, D. 1916, 2, 5. *

un double point de vue : d'abord parce que la jurisprudence est en ce sens qu'en cette matière c'est la résidence réelle qui importe et non le domicile légal, ensuite parce que, depuis la mort de son père, Meyer avait son domicile légal chez sa mère tutrice, donc en France et que le domicile du père au moment de son décès n'avait par conséquent aucune importance dans l'affaire. Cependant nous tenons à citer un attendu qui laisse planer un doute sur la façon dont le tribunal a déterminé le domicile de Meyer père: « Attendu que d'après son acte de décès Meyer père était domicilié en Suisse à Rhazûns (*wohnhaft in Rhazûns*);

Attendu il est vrai que le mot *wohnhaft* n'est peut-être pas tout à fait l'équivalent du mot français domicilié si l'on prend celui-ci dans son acception juridique en l'opposant à la simple résidence, mais qu'en lui donnant son sens minimum « ayant son habitation à », la preuve du domicile n'existe pas moins car ... etc... ».

Il est difficile de savoir si le tribunal a adopté comme critérium la notion suisse ou la notion française du domicile et nous penchons pour la seconde hypothèse, en tous cas il a remarqué qu'il y avait une différence entre ces deux notions et, ne serait-ce que pour ce fait, mérite d'être signalé.

Pendant la guerre de 1914, les tribunaux furent saisis d'un nombre considérable d'actions destinées à décider de la nationalité des individus. Une des plus importantes fut l'affaire Molist et le jugement rendu par le tribunal de Carcassonne le 20 juin 1917 (1) est particulièrement net au point de vue qui nous occupe : « Attendu que pour répondre à cette question : François Molist était-il ou non domicilié en France à sa majorité, *il importe de rechercher d'abord quelle est la nature du domicile qui est exigé par l'article 8, 4^o* ; attendu qu'afin de remédier au défaut de clarté du texte de l'article 8, 4^o et pour en dégager l'esprit le rapporteur de cette loi à la Chambre des députés, s'est exprimé comme suit dans le second rapport : ... ». Donc, ici encore c'est à la loi qui a fait du

(1) Clunet, 1917, p. 1774.

domicile une condition, que l'on demande ce qu'elle a entendu par là et l'on scrute l'intention du législateur de 1889, à l'aide des travaux préparatoires de la loi. La Cour de cassation confirma cette théorie lorsqu'elle rejeta le 27 avril 1920 (1) le pourvoi formé contre le jugement de Carcassonne : « Attendu qu'en statuant ainsi, la Cour d'appel a donné à l'expression de l'article 8, 4^o (nouveau) *le sens large dans lequel l'a entendu le législateur* et a légalement justifié sa décision ».

En 1918, la première Chambre du tribunal de la Seine rendait deux jugements inspirés de motifs analogues (2).

Par conséquent la règle que nous avons préconisée pour la solution du conflit de lois sur la détermination du domicile et que nous avons justifiée théoriquement, et spécialement pour la matière de la nationalité, se concilie admirablement avec la position prise par la jurisprudence dans les différentes espèces qui lui ont été soumises, il n'y aurait que fort peu à faire pour la déduire littéralement des décisions intervenues. Un argument tiré par analogie d'un texte positif vient d'ailleurs renforcer notre thèse : l'ancien article 9 C. c. portait dans son texte de 1804 : « Tout individu né en France d'un étranger pourra, dans l'année qui suivra l'époque de sa majorité... ». Une controverse s'éleva sur le point de savoir quelle était la loi compétente pour fixer l'époque de la majorité ; étant donné qu'il y avait là une question d'état et de capacité rentrant dans le statut personnel, il était naturel de la faire régir par la loi nationale de l'individu encore étranger (3), mais le législateur de 1889 jugea qu'en cette matière de droit public et d'ordre public, la souveraineté française ne pouvait s'en remettre, même pour une faible part, à une loi étrangère

(1) D. 1920, 1, 49, S. 1921, 1, 305.

(2) Aff. Tyson, 1^{er} mai 1918, Clunet, 1918, p. 1214 ; aff. Landeau, 20 juin 1918, Clunet, 1918, p. 1209.

(3) Seine, 1^{er} décembre 1883, aff. Ganthmer, Clunet, 1884, p. 394 ; Paris, 1^{er} décembre 1885, Clunet, 1885, p. 93. ; Alger, 26 octobre 1899, Clunet, 1900, p. 793. — *Contra* : Cassation, 20 juin 1888, aff. Ganthmer, Clunet 1889, p. 347.

qui allait précisément cesser dans un instant d'être la loi nationale de l'individu ; modifiant l'article 8, 4^o, il prit soin de spécifier : « Dans l'année qui suit sa majorité telle qu'elle est réglée par la loi française ... » et dans l'article 9 il précise de même : « Jusqu'à l'âge de vingt-deux ans accomplis... ». Ce que le législateur a voulu pour la date de la majorité, il l'a voulu *a fortiori* pour la détermination du domicile, notre règle trouve donc là un très précieux appui.

Voici maintenant la jurisprudence dont nous avons parlé, appréciant le domicile posé par une loi étrangère comme condition de sa nationalité.

Un jugement de la Seine du 19 novembre 1895 (Clunet, 1897, p. 817) eut à rechercher si Jacques Antonio Pinto d'Almeïdo-Souza avait acquis la nationalité portugaise. Aux termes de la loi portugaise, il eut fallu pour cela qu'il ait établi son domicile au Portugal, et le tribunal jugea qu'il n'avait pas rempli cette condition. Les faits de la cause lui ont permis d'être bref sur ce point, mais le tribunal avait bien annoncé son intention de scruter la loi portugaise.

Beaucoup plus net fut le tribunal de Nantes le 28 novembre 1901 (Clunet 1902, p. 590). La loi autrichienne du 26 mars 1832 prévoyant la perte de la nationalité autrichienne par l'établissement d'un domicile à l'étranger, le tribunal rechercha avec soin la notion de cet établissement dans la loi qui y attachait cette sanction. Il en conclut « qu'aux termes du § 1 de l'ordonnance du 26 mars 1832 sur l'émigration », le sieur Frysek avait perdu la nationalité autrichienne.

Pareille recherche fut faite le 10 juin 1914 (Clunet 1915, p. 620) par le tribunal de Nancy sur la loi allemande du 11 juin 1870 (art. 13 et 21), dont les mots « sans interruption » appliqués à la résidence, prêtaient à controverse. Le tribunal affirma son droit d'étudier et d'interpréter la loi allemande, il rechercha scrupuleusement l'intention du législateur qui avait affecté de ce qualificatif le domicile qu'il posait comme condition de la déchéance de la nationalité et en conclut que Joséphine Langard avait cessé d'être allemande. A vrai dire

cette solution avait l'avantage de réintégrer dans sa patrie d'origine une ancienne française qui avait épousé un alsacien ; nous n'osons dire que cette considération ait été sans influence sur la solution du litige (1).

Tant dans l'interprétation de la loi française que dans celle de la loi étrangère, les solutions jurisprudentielles se concilient donc admirablement avec la règle que nous avons posée.

SOUS-SECTION II. — *La condition des étrangers.*

Cette même règle, nous allons maintenant constater qu'elle est également juste en matière de condition des étrangers, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de savoir si certains droits doivent être accordés aux étrangers, ou si l'on peut leur imposer certaines charges. Nous prétendons que c'est à la loi qui fait du domicile une condition de l'obtention du droit, ou de l'imposition de la charge, qu'il appartient de définir ce qu'elle entend par domicile.

§ 1. — *Rôle du domicile dans la condition des étrangers*

Il est certains droits que tous les Etats accordent aux étrangers (mariage, commerce, protection des lois pénales, etc.) ; d'autres au contraire qu'ils réservent à leurs nationaux (droits civiques, privilèges de compétence, dispense de caution, etc...). C'est une question extrêmement délicate et qui n'est pas complètement à l'abri de l'influence des nécessités politiques, démographiques et sociales. Ici encore le domicile se présente comme un terrain transactionnel tout préparé où les Etats pourront par un certain dosage concilier leurs principes avec les exigences des faits. En effet le domicile fixé sur le territoire d'un Etat, s'il n'est pas un témoignage aussi probant et définitif d'attachement et de loyalisme que la

(1) Enfin le 23 février 1921 (Clunet 1923, p. 946) le tribunal de la Seine eut à se demander si l'anglais Harry Emmanuel, qui avait reçu la naturalisation dominicaine *ad honorem* avait bien établi son domicile à Saint-Domingue, condition exigée par la loi de cet Etat pour faire produire des effets à une naturalisation de ce genre. Mais le fait de poser la question la résolvait, car l'intéressé n'était jamais allé à Saint-Domingue.

naturalisation, soumet cependant l'individu à une assimilation progressive plus ou moins volontaire due à l'influence bien connue du milieu, en sorte qu'il offre à l'Etat qui l'abrite une certaine somme de garanties.

Ainsi, il est tout naturel que ce soit le domicile qui soit choisi par un Etat comme condition de la jouissance des droits civils sur son territoire. Alors par exemple que les étrangers de passage ne jouiront que des droits les plus élémentaires, que les nationaux seuls jouiront des droits politiques, les étrangers domiciliés occuperont dans ce domaine une situation intermédiaire qui correspondra assez logiquement à la situation intermédiaire qu'ils occupent en fait dans la nation.

Ainsi, dans la législation française en particulier on a pu et on peut encore relever un certain nombre de droits dont la jouissance est soumise à la possession d'un domicile en France. Celui qui a fourni le plus d'espèces à la jurisprudence est le droit d'affouage pour lequel l'article 105 du Code forestier réclamait un domicile réel et fixe que la loi du 19 juillet 1874 a d'ailleurs transformé en domicile autorisé. De ce droit peuvent être rapprochés le droit de récolte des goëmons de rive (art. 2 du décret du 8 février 1868 modifié par le décret du 28 janvier 1890) et le droit de jouissance des biens communaux (droit de pâturage sur les prés de la commune, droit d'usage des marais communaux récolte des roseaux et bruyères, etc... décret du 10 juin 1793).

Le droit d'user de la contrainte par corps contre l'adversaire condamné était réservé par la loi du 10 septembre 1807 aux français ayant obtenu jugement contre un étranger « non domicilié en France ». Il y eut controverse sur la notion du domicile, aussi la loi du 17 avril 1832 dispensa de l'arrestation provisoire avant jugement les étrangers possédant un établissement de commerce en France, ou ayant la propriété d'immeubles sur le territoire français; mais la controverse subsista pour la contrainte par corps proprement dite après jugement de condamnation et la jurisprudence exigea un domicile autorisé.

Le droit pour les étrangers à l'assistance judiciaire a été l'objet de vives discussions en doctrine et en jurispru-

dence. Les conventions internationales conclues à ce sujet exigent « une résidence habituelle ». A défaut de convention la jurisprudence se contente d'un domicile même non autorisé. Nous approfondirons plus tard quelle est sa notion sur ce point.

L'art. 2 de l'arrêté monétaire du 4 avril 1919 a accordé le bénéfice de la revalorisation des marks aux créanciers ressortissants d'un pays neutre à l'encontre d'un débiteur ressortissant d'un pays ennemi, à la condition que ces créanciers aient été domiciliés en Alsace et Lorraine avant le premier août 1914.

La saisie foraine ne peut être exercée que contre un débiteur non domicilié ; l'étranger domicilié pourra donc s'y soustraire.

La législation française a connu depuis le Code civil jusqu'en 1927 une institution particulière, l'autorisation à domicile. Les étrangers dont le domicile en France avait été autorisé par un décret du gouvernement, avaient d'après l'art. 13 C. c. « la jouissance des droits civils ». De sorte que le domicile se trouvait exigé non seulement comme condition de certains droits mais même comme condition de tous les droits privés ne rentrant pas dans le *jus gentium*. Nous n'allons pas reprendre ici la controverse classique sur la condition des étrangers en France, d'autant plus que l'art. 13 qui semblait la clef de voûte du système a été considéré comme une simple étape vers la naturalisation par la loi de 1889 qui réduisit à cinq ans les effets de l'autorisation gouvernementale, et que la loi de 1927 considérant comme nul son rôle au point de vue civil l'abrogea purement et simplement. Il n'en reste pas moins que jusqu'en 1927 la loi française exigea le domicile comme condition de la jouissance des droits civils en France par les étrangers, mais un domicile spécial, sanctionné par une autorisation du gouvernement que rien, nous le verrons plus tard, ne pouvait remplacer.

Parmi ces droits civils dont l'étranger ne pouvait jouir que s'il avait été autorisé à domicile, on peut citer : d'après certains l'assistance judiciaire, le droit de se soustraire à la contrainte par corps, le droit d'affouage et ses annexes, pour lesquels nous avons dit qu'il y avait

controverse ; de l'avis à peu près unanime de la jurisprudence, le droit d'exiger la caution *judicatum solvi* de l'étranger demandeur ; la dispense de la même caution, le bénéfice de la loi du 10 vendémiaire an IV sur les dommages par émeutes (1), l'exception de mobilisation (2), le droit d'user de la contrainte par corps contre le débiteur condamné, le droit à la protection du nom de famille (3) et autrefois à la protection des marques de fabrique, l'hypothèque légale des incapables, mineurs et femmes mariées, etc... (4).

Faut-il ranger parmi les droits civils deux autres droits ou prétendus tels : le droit d'ester en justice et le droit au domicile ? Nous examinerons plus loin ces deux graves questions et nous y répondrons par la négative. Mais telle n'est pas l'opinion générale de la jurisprudence et elle exigeait pour l'exercice de l'un et de l'autre un domicile autorisé.

Tel est à l'heure actuelle l'état de la loi française ; on y voit l'importance du domicile en matière de condition des étrangers. Cette importance existe également dans les pays étrangers, particulièrement en Belgique où l'art. 13 est toujours en vigueur. Tous les Etats font une situation meilleure aux étrangers domiciliés qu'aux étrangers simples, c'est ainsi qu'il serait possible qu'un Etat ayant conservé le droit d'aubaine ne l'exerce pas, par exemple, à l'encontre des étrangers domiciliés.

§ 2. — *Loi qui doit déterminer le domicile dans ce cas*

Une fois élucidé le rôle du domicile dans la condition des étrangers, particulièrement en France, nous en revenons à notre question : quelle est la loi applicable à la

(1) Metz, 1^{er} août 1832, S. 1832, 2, 485. La loi du 17 avril 1919 a soumis le droit à la réparation des dommages de guerre à la réciprocité diplomatique. Deux accords seulement ont été conclus, l'un avec la Belgique l'autre avec l'Angleterre.

(2) Réponse du ministre de la justice au lieutenant-colonel Girod D. 1918. Chroniques, p. 16.

(3) Paris, 6 avril 1887, D. 1888, 2, 40.

(4) Cf. au manuel de M. Niboyet, p. 216 et ss., la liste très complète des droits accordés aux étrangers, ou refusés, ou accordés sous condition.

détermination du domicile lorsque ce domicile est exigé comme condition de la jouissance d'un droit ou du fardeau d'une charge ? Nous prétendons que c'est précisément *la loi qui a posé le domicile comme condition de l'un ou de l'autre*, qui seule est compétente pour déterminer ce qu'elle entend par domicile.

N° 1. — *Justification*. — En effet, ici encore, d'après les principes actuellement admis en France, chaque Etat est seul juge des droits qu'il consent à reconnaître aux étrangers et à faire sanctionner à leur profit par ses tribunaux. Il est parfaitement libre de ne leur en laisser aucun (quitte à encourir la réprobation ou les mesures de rétorsion des peuples civilisés), *a fortiori* il est donc libre de ne les leur accorder que moyennant certaines conditions et personne d'autre que lui ne peut vérifier si elles sont remplies. S'il fait du domicile la condition de la jouissance d'un droit, il ne peut s'agir que du domicile tel qu'il l'entend car il faut qu'il ait prévu et calculé exactement l'étendue et la portée de la concession qu'il faisait, et qu'il n'eût peut-être pas faite autrement. Si, au contraire, il laisse une notion étrangère s'appliquer à un titre quelconque, c'est de la souveraineté étrangère que dépendra la reconnaissance de la réalité du domicile, et par suite la jouissance du droit controversé. Pour qu'une telle conséquence soit acceptable, il faudrait que l'Etat l'eût voulu et affirmé lui-même. Nous n'insistons pas sur cette idée qui nous paraît aller de soi et qui, à notre connaissance, n'a pas encore été contestée jusqu'ici.

N° 2. — *Préférence à lui accorder sur la loi nationale*. — Indiquons cependant que l'application de la loi nationale ou de la *lex fori* ne saurait prévaloir contre la loi que nous préconisons. La loi nationale tout d'abord n'aurait rien à faire dans une telle matière, car celle-ci ne rentre pas dans le statut personnel (1). Elle aboutirait d'autre part

(1) Y rentrerait-elle d'ailleurs qu'aux yeux d'excellents auteurs cela n'y changerait rien ; on prétend en effet qu'en matière de condition des étrangers l'Etat qui décide d'accorder un droit, l'hypothèque légale par exemple, n'a pas à se préoccuper de ce que décide à cet égard la loi personnelle de l'individu en cause (Niboyet). La question de savoir s'il faut

à des résultats qu'il suffit d'énoncer pour constater qu'ils sont inadmissibles. Si par exemple le législateur français dispense l'étranger de la caution *judicatum solvi*, ou lui accorde certains privilèges municipaux à la condition qu'il soit domicilié en France, on ne peut songer à apprécier selon la loi étrangère le domicile ainsi requis. Si, inversement la loi française soumet à certains impôts les étrangers domiciliés en France, jamais on n'autorisera l'étranger à faire la preuve que, en vertu de sa loi nationale il a son domicile ailleurs. La détermination du domicile selon la loi nationale aboutirait à éluder les prescriptions ou prohibitions de la loi française, à s'octroyer des droits qu'elle a l'intention de refuser, à éviter des charges qu'elle a l'intention d'imposer.

N° 3. — *Préférence à lui accorder sur la lex fori.* — La *lex fori* aurait des titres plus sérieux et ses partisans ne mettent pas en doute qu'elle doive s'appliquer dans ce cas. Pour nous, nous n'admettons cette solution qu'autant que la *lex fori* coïncide avec la loi que nous préconisons ce qui aura lieu presque toujours. Autrement nous n'hésitons pas à préférer celle-ci à celle-là. Un exemple suffira en effet pour prendre en défaut la théorie de la *lex fori* lorsque cette dernière se sépare de la loi que nous indiquons. Imaginons l'hypothèse suivante. Dans un Etat X le droit à l'affouage est posé en principe général et les sujets peuvent l'exercer : soit au lieu de leur domicile acquis depuis cinq ans, soit au lieu où ils paient des impôts fonciers, soit enfin dans leur commune d'origine s'ils ne peuvent réaliser les conditions du droit d'affouage nulle part ailleurs. Un individu régnicole s'autorise de cette dernière disposition pour réclamer son droit à l'affouage dans sa commune d'origine et s'adresse par conséquent aux tribunaux de l'Etat X. Or cet individu est établi en France ; s'il y possède le domicile réel et fixe exigé par l'art. 105 for. il aura droit à l'affouage en

examiner la jouissance du droit avant son exercice, le problème dans la condition des étrangers avant le problème dans le conflit de lois, nous apparaît comme insoluble. En tous cas, il ne saurait être question avec cette théorie d'appliquer la loi nationale au conflit qui nous occupe.

France, et par suite, sa prétention de l'exercer dans sa commune d'origine sera sans fondement aux yeux de la loi de l'Etat X. En conséquence, les tribunaux de cet Etat devront rechercher si l'individu a droit à l'affouage en France, donc appliquer la loi française sur la condition des étrangers et examiner si l'individu réalise la condition de domicile exigée par cette loi. Comment apprécieront-ils ce domicile ? De toute évidence ce ne sera pas selon la *lex fori* (bien qu'elle soit en même temps la loi nationale) mais bien selon la loi française à laquelle la *lex fori* a confié le soin de décider si l'individu avait droit à l'affouage chez elle. Il nous paraît difficile que les partisans de l'application de la *lex fori*, qui prétendent leur principe sans exception, veuillent l'appliquer dans ce cas qu'ils n'ont pas aperçu. Nous sommes donc autorisé à dire que leur théorie est fausse en matière de condition des étrangers comme en matière de nationalité, car il faudrait, pour la rendre exacte, y introduire des exceptions, tandis que notre doctrine trouve ici une application facile, naturelle et logique.

N^o 4. — *Préférence à lui accorder sur la loi territoriale.*
— Démontrer la prééminence de notre loi sur la loi territoriale nous incomberait maintenant si nous avions pu découvrir une hypothèse où elles ne s'identifiassent point. Mais il nous est apparu que lorsqu'un Etat exige des étrangers un domicile pour leur accorder certains droits, c'est toujours un domicile sur son territoire ; si l'étranger veut au contraire se soustraire aux charges qui pèsent sur les domiciliés, il n'a qu'à démontrer qu'il n'est pas domicilié sur le territoire et n'a pas d'autre preuve à faire. Cependant s'il était possible de concevoir cette hypothèse que nous n'imaginons pas, nous n'hésitons pas à dire que nous sacrifierions délibérément la loi territoriale à la loi dont nous posons l'application en principe. En effet, nous avons justifié cette dernière tant d'une façon générale que dans la branche particulière du droit international privé que nous étudions dans cette section, de plus dans toutes les hypothèses que nous avons rencontrées ou imaginées, elle s'est appliquée presque nécessai

rement ainsi que le prouve l'examen de la jurisprudence, de sorte que nous pouvons légitimement douter qu'il puisse exister un cas où, à l'encontre des considérations théoriques ou pratiques que nous avons déjà exposées, l'application de la loi territoriale de préférence à la nôtre, puisse être la plus satisfaisante pour l'esprit.

§ 3. — *Attitude de la jurisprudence*

En matière de condition des étrangers comme en matière de nationalité, la jurisprudence a toujours employé la notion française du domicile, parce que la loi qui exigeait ce domicile était toujours la loi française, donc ici encore il y a coïncidence entre la loi que nous préconisons et la *lex fori*. Cependant nous trouvons en cette matière le même travail d'interprétation, la même recherche d'intention qu'en matière de nationalité, et nous pouvons légitimement en déduire que ce sont bien nos principes qu'applique la jurisprudence.

N^o 1. — *Droit d'affouage*. — En matière d'affouage les tribunaux avaient à appliquer l'art. 105 for. qui donnait droit à l'affouage aux individus ayant un « domicile réel et fixe dans la commune ». Quel était ce domicile ? Si l'individu était un étranger, fallait-il qu'il possédât un domicile autorisé ? Cette controverse divisa pendant trois quarts de siècle les juridictions d'Alsace Lorraine et de Franche-Comté d'une part, les trois Chambres de la Cour de Cassation, d'autre part. Nous en retrouverons plus loin les échos lorsque nous examinerons quelle était la notion exacte exigée par la jurisprudence en cette matière. Il nous suffit de savoir ici que, d'un côté comme de l'autre, l'intention du législateur telle qu'elle pouvait résulter des travaux préparatoires du Code forestier et du droit coutumier qui l'avait précédé, était également invoquée.

Le 21 juin 1861 (1) la Chambre criminelle rejette le pourvoi formé par le ministère public contre le jugement

(1) S. 1861, 1, 800.

de simple police qui a acquitté le nommé Casanova pour suivi pour avoir fait paître son troupeau sur les³ prés communaux : « Attendu qu'il n'y a pas à imposer aux habitants d'origine étrangère la condition *dont ne parle pas cet article* (105 for.) de s'être fait naturaliser français ou au moins d'avoir obtenu du gouvernement l'autorisation d'établir leur domicile en France ». La Chambre civile reprend les mêmes arguments dans son arrêt du 31 décembre 1862 (1) et affirme que « les conditions exigées par l'art. 105 for. sont complètes et exclusives de toutes autres », et qu'on ne peut y ajouter la qualité de Français ou le domicile autorisé, c'est-à-dire « ce que le même article n'exige pas ».

Le 28 mai 1867 (2) la Cour de Colmar rendit un arrêt fameux que nous retrouverons plus loin ; il est particulièrement net au point de vue qui nous occupe : la Cour y étudie avec une longueur inaccoutumée, la question de l'affouage dans l'ancien droit et le droit intermédiaire, puis fait état d'une déclaration du ministre de la justice à la séance du 8 novembre 1825 pendant l'élaboration du Code forestier, conclut enfin : « Attendu... qu'il est difficile d'admettre *que le législateur de 1827 ait eu un moment la pensée*, d'inaugurer alors, monument isolé au profit des nations étrangères sans réciprocité d'aucun genre, une théorie libérale et humanitaire inhérente à l'économie politique internationale dont on s'occupait fort peu, dont on ne s'occupait pas assez à cette époque ;

Attendu que si l'on consulte *l'exposé des motifs*, par l'illustre procureur général Martignac, *les dispositions des deux Chambres*, les *travaux de la commission*, on y verra... que *pas un mot, ni dans la discussion ni dans le texte*, ne permet juridiquement d'établir que cette législature si conservatrice des forêts même vis-à-vis des nationaux, qui venait d'interdire définitivement l'affouage à de nombreuses catégories françaises, ait voulu, par une inconséquence, ouvrir à l'étranger la forêt communale ».

(1) S. 1862, 1, 79 ; D. 1863, 1, 5, avec les conclusions de l'avocat général de Raynal.

(2) S. 1867, 2, 282 ; D. 1867, 2, 114.

Dans cette espèce il ne s'agit pas, il est vrai, de déterminer le domicile, mais de savoir si le Code forestier a pu exclure de l'affouage les étrangers ; nul doute cependant devant le raisonnement si minutieux de la Cour de Colmar, que l'intention du législateur eût été consultée de même, si, la question de l'admission des étrangers à l'affouage étant résolue en sens inverse, c'est-à-dire conformément à la jurisprudence de la Cour de Cassation, il avait fallu qualifier le domicile exigé par l'art. 105 du Code forestier.

N° 2. — *Les arrêtés monétaires.* — La détermination du domicile prévu par l'arrêté monétaire du 4 avril 1919 offrit à la jurisprudence une occasion de se prononcer sur le conflit des lois dans une hypothèse particulièrement intéressante. En effet cet arrêté émanait du Haut-Commissaire français en Alsace Lorraine c'est-à-dire d'une autorité qui n'était pas encore l'autorité française régulière et normale. Nous avons déjà exposé l'affaire soumise le 14 janvier 1925 à la Cour de Colmar (1). Celle-ci déclara que : « pour l'application de ce texte, la qualité de domicilié ne peut dépendre de législations externes et diverses ; elle est déterminée de façon générale et uniforme par la *lex fori*, c'est-à-dire la loi en vigueur en Alsace et Lorraine », et la Cour détermina le domicile conformément à l'art. 7 du Code civil allemand (2). Cette solution contenait à notre avis plusieurs erreurs. L'arrêt a tout d'abord posé en principe l'application de la *lex fori* au conflit de lois sur la détermination du domicile ; on sait pour quelles raisons nous estimons que ce principe est erroné. De plus le moment était particulièrement mal choisi pour prôner la *lex fori*, car ce terme était susceptible dans l'espèce, et malgré le soin que prit la Cour de Colmar de le définir, de plusieurs sens différents et le conflit de lois dans l'espace se doublait d'un conflit de lois dans le temps ; au 1^{er} août 1914, date à laquelle le domicile était exigé, la *lex fori* était la loi allemande ; en 1925, au moment du procès, la *lex fori* pou-

(1) Cf. chap. 2, section II.

(2) C'était la solution proposée par Rebourset dans sa thèse, p. 100.

vait être, soit la loi allemande maintenue en vigueur, soit la loi française partiellement introduite, soit enfin les actes de l'autorité quasi-souveraine qui légiférerait sur les territoires recouvrés, c'est-à-dire les arrêtés du Haut-Commissaire français à Strasbourg. En l'espèce, nous prétendons que c'était cette dernière autorité et elle seule qui pouvait définir le domicile qu'elle avait entendu exiger, toujours pour la même raison, à savoir que la souveraineté qui a établi la règle dont il s'agit est la seule qui ait qualité pour l'abroger ou la modifier et par conséquent est également la seule qui ait qualité pour *l'interpréter*, pour définir par exemple les termes qu'elle a employés. Elle pouvait le faire par un acte exprès rendu dans la même forme que celui d'où naissait le litige ; à défaut d'acte exprès, c'est aux tribunaux qu'appartient ce pouvoir d'interprétation, ils doivent l'exercer dans l'esprit du législateur dont émane l'acte à interpréter. La Cour de Colmar avait donc tort d'appliquer la loi allemande ; elle agissait ainsi pour suivre le système de la *lex fori*, mais l'hypothèse spéciale à laquelle elle l'appliquait montre précisément l'erreur et l'insuffisance de ce système. Aussi bien la Cour de Cassation ne le sanctionna pas. Dans son arrêt du 21 mars 1928 (1), la Chambre civile déclara : « que l'art. 2 de l'arrêté monétaire du 4 avril 1919... doit être entendu en ce sens que le régime monétaire ainsi institué est applicable aux contrats passés par ceux de ses ressortissants qui avaient à cette date un établissement stable et permanent en Alsace ou en Lorraine ». Qu'a donc fait la Cour de Cassation ? Elle n'a pas résolu le conflit de lois, que la Cour de Colmar avait eu le mérite d'apercevoir, en désignant la loi compétente pour définir le domicile exigé par l'arrêté monétaire, elle l'a tout simplement défini elle-même. Avait-elle qualité pour le faire ? Nous le croyons, mais nous estimons qu'elle aurait dû, ce faisant, indiquer où elle puisait les éléments de son interprétation, c'est-à-dire, selon nous, dans l'esprit de la législation émanée du Haut-Commissariat d'Alsace-Lorraine.

(1) D. 1928, 1, 131.

N° 3. — *Droits civils en général.* — Enfin nous avons dit que dans la plupart des cas où le domicile était exigé en matière de condition des étrangers, c'était par application de ce principe que seul l'étranger domicilié en France y jouissait de tous les droits civils. Quelle était la souveraineté qui exigeait cette condition ? La souveraineté française. C'est donc elle qui devait, selon notre opinion caractériser le domicile. Or, dans l'art. 13 C. c. le domicile en question était nettement défini, c'était la résidence en France jointe à l'autorisation accordée par décret par le gouvernement d'établir son domicile en France. Sur ce point le texte à appliquer était si précis, que la jurisprudence n'a jamais eu l'ombre d'une hésitation. Il est superflu d'indiquer ici aucune référence ; dans toutes les hypothèses où il s'agissait d'accorder à un étranger la jouissance des droits civils, les tribunaux ont exigé de lui un domicile autorisé. Le doute était d'autant moins possible que dans une telle espèce la loi que nous préconisons coïncidait non seulement avec la loi territoriale, mais encore avec la *lex fori*. Aussi ne prétendons-nous pas que la jurisprudence a adopté sur ce point notre système de préférence à tout autre, mais seulement qu'il est conciliable avec la position qu'elle a prise.

SECTION II

Le conflit de lois

- § 1. — Rôle du domicile dans les règles de conflit de lois.
- § 2. — Loi qui doit déterminer le domicile dans ce cas : justification dans le cas où la référence à la loi du domicile vient de la *lex fori*, et dans le cas de renvoi. Préférence qu'il faut donner à notre loi sur la *lex fori*, sur la loi territoriale, sur la loi nationale.
- § 3. — Examen de la jurisprudence : lorsque la référence à la loi du domicile vient de la loi française ; lorsqu'elle vient d'une loi étrangère.

§ 1. — *Rôle du domicile dans les règles de conflit de lois*

Nous avons déjà indiqué le rôle que le domicile pouvait être appelé à jouer dans la matière des conflits de lois : une fraction importante des Etats actuels en fait encore l'élément déterminateur du statut personnel ;

les autres, qui ont réservé ce privilège à la nationalité, laissent cependant au domicile une place subsidiaire ; d'autre part, on lui fait régir, en France particulièrement, le statut des meubles et notamment la dévolution de la succession mobilière ; comme indication précieuse de l'intention des parties, il déterminera fréquemment le régime matrimonial ou la loi qui régira le contrat. Enfin nous avons signalé que son rôle était susceptible de s'accroître encore, et de s'étendre peut-être au conflit de lois en matière d'effets personnels du mariage sur le lien qui unit les époux, ou à certaines situations analogues entre personnes de nationalités différentes mais de domicile commun.

§ 2. — *Loi applicable en ce cas*

La question que nous étudions se présente alors sous la forme suivante : le tribunal saisi d'un litige de droit international privé vient d'arriver à cette conclusion que, dans le conflit de lois qui se présente à lui, la solution du différend doit être demandée à la loi du domicile. Dès lors, pour connaître et appliquer cette loi, il faut préalablement situer le domicile ; à quelle loi le juge va-t-il emprunter l'élément déterminateur de cette notion ? Nous avons déjà fait connaître notre réponse : lorsque le conflit de lois sur la détermination du domicile se présente incidemment au cours de la solution d'un conflit de lois préexistant, parce qu'il s'agit d'appliquer à une situation donnée la loi du domicile d'un individu, c'est à la souveraineté dont la règle de conflit préconise cette application d'une manière immédiate qu'il appartient de fournir les règles et les éléments à l'aide desquels sera déterminé le domicile.

Nº 1. — *Justification.* — En effet, chaque Etat est seul juge du domaine d'application de ses propres lois. S'il existe théoriquement des règles supra-nationales idéales dont le législateur national doit s'inspirer afin de respecter l'indépendance réciproque des différentes nations, cette obligation, que nous reconnaissons bien vo-

lontiers pour notre part, est à peu près dépourvue de toute sanction pratique (il n'est pas à notre connaissance qu'une règle de conflit particulière ait jamais été un *casus belli*) et par conséquent tout se passe pratiquement comme si elle n'existait pas. Chaque Etat détermine donc souverainement dans quels cas ses lois s'appliqueront obligatoirement, et dans quels cas elles pourront céder le pas, pour des raisons dont il est seul juge, aux lois d'un Etat étranger. Par suite lorsqu'un Etat estime que la loi du domicile est la plus qualifiée pour régir une situation donnée, il ne peut s'agir que du domicile tel qu'il le comprend, tel que sa législation le définit. Il n'a pu faire une concession dont il n'aurait pu mesurer la portée ; on ne peut, par l'application d'une notion étrangère quelconque, agrandir ou restreindre sans contrôle la sphère d'application qu'un Etat a assignée à ses propres lois. C'est un point que M. Bartin a parfaitement mis en lumière, et l'argument qu'il pose à la base de sa théorie des qualifications s'applique tout aussi justement à notre démonstration (1).

Ainsi lorsque la loi française fait régir par la loi du domicile la dévolution de la succession mobilière, il est bien évident qu'elle ne pose cette règle que par référence à la notion qu'elle se fait ici du domicile, et que cette référence fondée sur des motifs déterminés est enfermée pareillement dans des limites précises ; le législateur a mesuré à l'avance son étendue avant de la concéder, et il n'a pu la mesurer que par rapport à une notion fixe et bien définie qui ne peut être que la sienne propre. Appliquer alors une notion étrangère à la détermination du domicile pourrait aboutir à étendre outre mesure l'application de la loi étrangère contre les prescriptions de la loi française, en attribuant à cette dernière une concession qu'elle eût peut-être formellement refusée si elle l'avait prévue.

Pourquoi est-ce que le système français de droit international privé désigne comme compétente pour résoudre un conflit de lois, la loi du domicile ? Parce qu'elle a un

(1) BARTIN, *Etudes*, p. 16.

concept propre du domicile, parce que pour elle le domicile c'est le principal établissement, le siège des affaires et des affections, le centre vital du patrimoine ; c'est pour toutes ces raisons que la loi française estime que la loi du domicile est la plus qualifiée, la plus adéquate, en raison, en logique, en fait, pour régir une situation donnée. Mais si un Etat étranger possède du domicile une notion autre, s'il considère comme domiciliés ceux qu'en France nous qualifions de simples résidents, c'est-à-dire des individus simplement de passage, sans attache réelle avec un pays dont ils n'ont pas le temps de subir l'influence, alors il est clair que, si l'on appliquait à la détermination du domicile cette loi territoriale, les motifs sur lesquels repose la règle française de référence au domicile feraient complètement défaut, cette règle ne serait donc pas appliquée, mais au contraire violée.

De même si nous supposons que la loi étrangère se montre au contraire plus rigoureuse que la loi française, si elle exige pour la reconnaissance du domicile une sanction expresse de l'autorité territoriale analogue à celle de l'article 13 C. c. son application restreindrait considérablement la portée de la règle française qui n'a pas eu la même conception du domicile et qui n'a statué qu'en considération de sa conception propre. Ici encore appliquer la loi territoriale à la détermination du domicile aboutirait à violer la loi française (1).

Ce sera donc la notion française du domicile qui devra s'appliquer. Mais cela, notons le bien, quelle que soit la nationalité du tribunal saisi, qu'il soit français ou étranger.

N° 2. — *Préférence qu'il faut lui donner sur la lex fori.*
— On sait, en effet que la règle de conflit adoptée par le

(1) On nous objectera que lorsque la règle française attribue compétence à la loi nationale de l'individu ce n'est pas elle qui définit la loi nationale, elle laisse au contraire les lois étrangères affirmer leurs prétentions respectives. Ce point ne nous apparaît pas absolument certain ; le serait-il d'ailleurs qu'il ne constituerait pas une exception à notre théorie, puisque nous avons déjà affirmé que chaque Etat était maître de déterminer quels étaient les individus qu'il considérait comme ses nationaux.

tribunal sera le plus souvent la *lex fori*, que par conséquent ce sera la *lex fori* qui aura désigné la loi du domicile et par suite aura compétence pour rechercher ce domicile ; notre loi s'identifiera alors avec la *lex fori*, mais il n'y a là qu'une coïncidence qui, pour être fréquente, n'est nullement obligatoire ; pour reprendre notre exemple, que ce soit par le mécanisme du renvoi ou même peut-être par une disposition quelconque de sa loi positive, il est tout à fait normal qu'un tribunal étranger applique la règle française sur la dévolution de la succession mobilière, laquelle règle se réfère à la loi du domicile ; c'est la loi française qui devra alors désigner le domicile, c'est-à-dire la loi dont nous avons posé l'application en principe, et non la *lex fori*.

Cela est si évident que les partisans de la *lex fori* ont dû introduire pour le cas du renvoi une exception à leur système (1). L'explication qu'en donne M. Niboyet semble d'ailleurs se rattacher au principe que nous avons posé à la base de notre théorie, c'est que le souverain bénéficiaire du renvoi acquiert alors un rôle de « définisseur international ». C'est pourquoi nous avons eu soin de préciser que, dans le cas qui nous occupe dans cette section, la souveraineté à laquelle il appartient de déterminer où se trouve le domicile est celle qui, d'une manière immédiate préconise l'application de la loi du domicile. Nous disons « d'une manière immédiate » parce que nous pensons que, dans le système du renvoi les lois appliquées successivement ne le sont que par le consentement originel de la *lex fori*, et par suite, sont une conséquence médiate de cette dernière. L'application à la détermination du domicile de la loi renvoyant à la loi du domicile est une déduction très nette des principes que nous avons posés et ne se trouve nullement en contradiction avec ce que nous venons de dire sur le droit absolu des Etats de déterminer la sphère d'application de leurs propres lois. La *lex fori*, que les tribunaux ont l'obligation essentielle d'appliquer, peut abandonner à

(1) DESPAGNET DE BOECK, n° 106, p. 352 ; BARTIN, *Principes*, I, p. 233, note 3 ; ARMINJON, I, p. 164, n° 67, *in fine*.

une loi étrangère le soin de régir telle ou telle partie de la vie juridique d'un individu ; la loi étrangère peut alors agir comme elle l'entend (1) et appliquer à son tour à la situation donnée la loi qu'elle juge la plus convenable, la loi du domicile par exemple. De quel droit la *lex fori* interviendrait-elle alors à nouveau pour désigner le domicile ? Elle s'est dessaisie de la question au profit de la loi étrangère à qui elle a donné carte blanche, elle était libre de le faire ou de ne pas le faire (et c'est pourquoi nous disons qu'il n'y a aucune atteinte à sa souveraineté), mais, une fois qu'elle l'a fait, elle ne peut pas revenir sur sa concession par une voie détournée, reprenant de la main gauche ce qu'elle a donné de la main droite. En définissant et situant le domicile dont elle a décidé d'appliquer la loi, la loi étrangère agit dans les limites des pouvoirs qui lui ont été conférés à la suite d'un nombre indéterminé de renvois, à l'origine desquels se trouve toujours la *lex fori* qui a approuvé par avance ce processus (2). Nous n'insistons pas sur ce point puisque les partisans eux-mêmes de la *lex fori* soustraient à l'empire de cette dernière ce cas qui est le seul où elle ne se confonde pas avec la loi que nous avons posée en principe (3).

Dans le domaine que nous étudions dans cette section, comme dans ceux que nous avons étudiés dans la section précédente, la loi que nous proposons l'emporte donc sur la *lex fori* de l'aveu même des partisans de cette dernière. Elle l'emporte pareillement sur la loi territoriale.

(1) C'est du moins l'opinion des partisans du renvoi, mais c'est précisément dans cette hypothèse que nous raisonnons.

(2) On peut même imaginer que la référence à la loi du domicile provient, non pas d'une loi étrangère, mais de l'autonomie de la volonté, à qui la *lex fori* aura laissé le champ libre. Dans ce cas c'est cette volonté des parties qui devra déterminer le domicile en question. On voit que notre théorie peut ainsi faire sa place même aux idées de Loiseau.

(3) M. Niboyet semble cependant moins net dans la note au S. 1930, 2, 129. Il paraît même abandonner dans une certaine mesure le système de la *lex fori* pour celui de la loi territoriale, mais nous croyons que cet auteur ne considère favorablement ce système que parce qu'il permet en l'occurrence de faire échec à l'application du renvoi.

N^o 3. — *Préférence qu'il faut lui donner sur la loi territoriale.* — On connaît les arguments des partisans de cette dernière : le domicile crée un lien juridique entre un individu et un Etat et ses conséquences sont si importantes que l'Etat a un intérêt certain à déterminer lui-même quels sont ceux qui sont domiciliés sur son territoire et ceux qui ne le sont pas ; c'est son intérêt et un intérêt si essentiel et presque vital qu'il en devient un droit. L'Etat, maître souverain de son territoire, n'y admet que ce qui bon lui semble, il peut pareillement y restreindre la liberté d'y fonder un établissement et n'attribuer à cet établissement que les effets qu'il juge convenables. Comment un tribunal pourrait-il situer en un pays quelconque le domicile d'un individu sans le consentement du souverain de ce pays ? C'est donc la loi territoriale qui doit déterminer le domicile ou tout au moins prendre part à sa détermination.

La force de ces arguments ne nous a pas échappé. Cependant nous maintenons notre théorie parce que nous l'estimons à la fois satisfaisante pour l'esprit et d'application aisée, tandis que le système de la loi territoriale est techniquement impraticable et théoriquement erroné.

Tout d'abord, comment utiliser ce système ? Indépendamment de tout autre ou conjointement avec un autre ? Ce dernier mode nous paraît inutile : en effet le domicile préalablement reconnu en un lieu par une autre loi ne sera valide que si la loi territoriale le reconnaît à son tour, si au contraire elle refuse ce domicile, son avis doit être prépondérant, autrement il ne servirait de rien de la consulter. C'est donc l'avis de la loi territoriale qui prévaut en tout état de cause, mieux vaut alors la consulter directement.

Mais, qu'elle soit consultée directement ou indirectement, la réponse qu'elle donnera se heurtera à une difficulté insurmontable. En effet, d'après ses principes eux-mêmes, la loi territoriale n'est pas qualifiée pour *désigner* le domicile, elle peut seulement dire si oui ou non il est établi sur son sol. Si elle dit non, et si sa notion du domicile conduit à en fixer le siège dans un troisième Etat, c'est la loi de cet Etat qui acquiert alors le droit de

répondre à la question posée ; mais ce droit, notons-le bien, lui appartiendra tout autant en cas de réponse affirmative de la loi territoriale consultée. Qu'ils prennent prétexte, soit d'un établissement, soit d'un lien de parenté ou de dépendance, plusieurs Etats différents peuvent en effet reconnaître au même individu un domicile sur leur territoire. Le tribunal devra-t-il passer en revue la législation de tous les Etats mondiaux pour savoir quels sont ceux qui font de l'individu en cause leur domicilié ? En admettant que ceux-ci se révèlent d'eux-mêmes, laquelle de ces lois choisira le tribunal qui a décidé d'appliquer la loi du domicile ? D'après quels motifs se déterminera-t-il pour l'une plutôt que pour l'autre ? Juridiquement, la situation où nous auront conduit les principes de la loi territoriale sera sans issue, car il n'y a pas une seule loi territoriale, leur nombre est infini. Sans issue aussi sera la situation inverse : l'individu se voyant refuser un domicile par tous les Etats. Il sera alors réputé sans domicile et pour trouver une loi supplétive de la loi du domicile à laquelle il s'était arrêté, le tribunal va-t-il rechercher la résidence ? Les mêmes difficultés, ou les difficultés inverses recommenceront aussitôt. On se heurte ici à un conflit aussi insoluble que celui des nationalités, nous l'avons déjà montré. La raison en est bien simple, c'est que le fondement théorique est le même dans les deux cas : pour justifier la primauté de la loi territoriale on montre l'importance du domicile en rapprochant le lien qu'il établit avec un Etat du lien que crée pareillement la nationalité. En un mot, on fait de l'établissement du domicile une question d'ordre public, une mesure de police et de sûreté (Brocher). Or faire de la détermination du domicile une question d'ordre public constitue selon nous une erreur (1).

Nous avons montré que le domicile n'était pas toujours et partout un lien de rattachement, qu'il n'était pas toujours et partout lié à l'ordre public. Le prétendre, c'est procéder à une généralisation hâtive qui ne tient compte que de certains effets du domicile et néglige

(1) Cf. chap. II, section III, p. 98 et s.

complètement les autres, ce qui est arbitraire et injustifié.

Pour le cas qui nous occupe dans cette section, où il s'agit de déterminer le domicile pour obéir à une règle de conflit qui ordonne d'en appliquer la loi, c'est la loi qui a posé la règle de conflit en question, qui a déterminé cet effet du domicile et qui doit par suite en déterminer le lieu sans se préoccuper le moins du monde du point de savoir si la loi qui règne en ce lieu reconnaît ou non la réalité de ce domicile. Quelles seront les conséquences de cette mise à l'écart de la loi territoriale ? Supposons qu'un tribunal français recherche le domicile d'un individu, soit pour obéir à sa propre loi, soit par renvoi de la loi anglaise, et, ayant utilisé selon l'hypothèse l'une ou l'autre notion arrive à cette conclusion que le domicile cherché se trouve en Italie. Si le jugement a besoin d'être exécuté en Italie, l'exequatur lui sera-t-il refusé ? On peut très sérieusement en douter, il faudrait en effet pour cela que la législation italienne considère l'établissement d'un domicile comme touchant à l'ordre public (et nous savons que la jurisprudence française n'interprète pas dans ce sens la législation française), qu'elle renferme par exemple une disposition de ce genre : « Seuls les nationaux peuvent établir leur domicile en Italie, les étrangers sont formellement exclus de ce droit ». Mais une telle disposition n'existe dans aucune législation pour la raison déjà indiquée que ce n'est pas l'établissement du domicile qui peut porter préjudice à l'Etat, mais les conséquences que l'on prétendrait en tirer chez lui.

N° 4. — *Préférence qu'il faut lui donner sur la loi nationale.* — La *lex fori* étant incomplète et la loi territoriale impossible, il nous reste à examiner si la loi nationale de l'individu est plus adéquate que la nôtre à la situation qui nous occupe. Mais nous avons déjà énuméré les arguments contre l'application aveugle et généralisée de la loi nationale à toute détermination du domicile. Pour n'en citer qu'un, le domicile est en dehors du statut personnel et ainsi on risque d'aboutir à

un cercle vicieux ; si par exemple l'individu en cause n'a pas de nationalité certaine, ce sera alors au moment précis où le domicile acquerra une importance internationale qu'il deviendra impossible de le définir. Notre système ne connaît pas cette lacune : un tribunal français se prononce sur un point du statut personnel d'un étranger, il veut lui appliquer sa loi nationale, celui-ci n'en a pas, on lui appliquera alors la loi de son domicile ; où se trouve le domicile ? C'est la loi française qui a proposé la règle de conflit qui s'y réfère, c'est elle qui le désignera.

Du reste pourquoi Weiss propose-t-il l'application de la loi nationale ? « Le domicile crée une relation de droit, mais cette relation est une relation de droit privé ; ses effets se rapportent en général à des intérêts d'ordre privé, au mariage à la tutelle, au régime des successions, etc... *Il est donc naturel de lui appliquer les mêmes règles qu'aux intérêts auxquels il se rattache*, de le déterminer par la loi nationale à laquelle il appartient de protéger ces intérêts eux-mêmes » (1). Nous n'avons jamais dit autre chose, nous partons du même principe ; mais si Weiss était logique avec lui-même, il serait amené à reconnaître que tous les intérêts auxquels se rattache le domicile ne sont pas toujours protégés par la loi nationale, ils ne le sont qu'autant que la *lex fori* le permet, et par conséquent lorsqu'il arrive qu'ils ne soient pas protégés par la loi nationale cette dernière n'a aucune qualité pour déterminer le domicile qui s'y rapporte.

§ 3. — *Attitude de la jurisprudence*

Examinons maintenant si la jurisprudence a adopté une solution sur le point qui nous occupe et quelle est cette solution. Le problème du conflit de lois sur la détermination du domicile surgissant au cours où à l'issue de la solution d'un conflit de lois préexistant peut se présenter devant les tribunaux sous deux aspects différents : 1^o lorsque la référence à la loi du domicile vient de la loi

(1) III, p. 324.

française, et 2^o lorsque cette référence vient d'une loi étrangère.

N^o 1. — *Lorsque la référence à la loi du domicile provient d'une règle de conflit française.* — Lorsque la référence à la loi du domicile vient de la loi française, la jurisprudence emploie toujours la notion française du domicile, c'est-à-dire qu'elle obéit à la fois à notre loi et à la *lex fori* qui ici se confondent. Elle agit ainsi sans la moindre hésitation et même sans la moindre réflexion ; à peine peut-on dire qu'elle résout le problème, tant il est évident qu'elle le méconnaît. Cependant, si les tribunaux ne se sont jamais posé la question, n'est-ce pas parce qu'elle allait de soi ; si les parties ne les ont jamais mis en demeure de le faire, n'est-ce pas parce que leur réponse ne faisait aucun doute ?

Si, avant la loi du 10 août 1927, la jurisprudence française appliquait leur loi nationale à la dévolution de la succession mobilière des étrangers non autorisés à domicile en France, c'était pour obéir à la règle de conflit française d'après laquelle les meubles suivent le domicile, et à la même loi française qui refusait aux étrangers un domicile en France en dehors de l'autorisation gouvernementale, d'où l'obligation de recourir à la loi nationale, c'est-à-dire à la loi du domicile d'origine (1). Toute cette jurisprudence bien connue vient de ce fait qu'à la recherche du domicile imposée par la loi française les tribunaux appliquaient une notion française (et une notion française bien spéciale et bien déterminée) du domicile.

Citons parmi les décisions les plus caractéristiques de cet ordre : jugement du 3 avril 1857 sous arrêt de Pau, 9 juin 1857 (2) ; Cassation 12 janvier 1869 (3) ; Paris, 29 juillet 1872, affaire Morand (4) ; Bordeaux, 24 mai 1876, sur renvoi de Cassation (5) ; Cassation, 24 juin

(1) Sur ce point, voir ci-dessous, II^e partie, chap. III, section 8.

(2) D. 1858, 2, 137, aff. Lombardo di Pini.

(3) D. 1869, 1, 294, S. 1869, 1, 138, trois arrêts dont l'aff. Mélizet.

(4) D. 1872, 2, 223 ; S. 1873, 2, 148.

(5) S. 1877, 2, 109 ; D. 1878, 2, 79, aff. Forgo.

1878 (1) ; Aix, 27 mars 1890 (2) ; Alger, 14 janvier 1892 (3).

Tous ces arrêts ont appliqué à la détermination du domicile des étrangers la notion française sans se préoccuper de la notion fournie par la loi nationale. D'autres ont pareillement négligé de consulter l'avis de la loi territoriale et, fixant le domicile d'un Français à l'étranger, ont appliqué à sa succession la loi étrangère : Pau, 6 juin 1864 confirmant par adoption de motifs Bayonne, 25 août 1863 (4) ; de même Pau, 25 juin 1885 (5).

Lorsque c'est la loi française qui, dans une situation juridique quelconque, attribue compétence à la loi du domicile, c'est d'après la notion française que les tribunaux déterminent ce domicile. Nous ne croyons pas que l'on puisse citer une seule décision judiciaire en sens inverse. La solution donnée par la jurisprudence et celle donnée par notre théorie concordent donc.

N° 2. — *Lorsque la référence à la loi du domicile provient d'une règle de conflit étrangère.* — Quelle est l'attitude de la jurisprudence dans la seconde hypothèse, celle où la référence à la loi du domicile provient d'une loi étrangère ? Le cas le plus commun viendra de l'acceptation du renvoi. Or nous avons déjà étudié longuement la position prise à cet égard par la jurisprudence, lorsque nous avons dit que c'était là un des trois domaines où elle avait aperçu le problème, et nous avons montré par l'analyse serrée de toutes les décisions que nous avons pu relever que la solution plus ou moins explicite qui s'en dégageait était parfaitement nette et homogène. Nous n'y revenons donc pas, il nous suffit de reprendre la solution que nous avons dégagée de la précédente étude, et de la confronter avec celle que nous préconisons. Rappelons le texte de celle-là : « C'est à la loi qui prononce le renvoi à la loi du domicile, et à elle seule, de

(1) S. 1878, 1, 429 ; D. 1879, 1, 56, aff. Forgo.

(2) D. 1891, 2, 13.

(3) D. 1892, 2, 243.

(4) S. 1865, 2, 105, aff. Lalanne.

(5) D. 1886, 2, 181.

définir ce qu'elle entend par domicile ». Parmi les arrêts que nous avons cités, l'arrêt Bourgoise sacrifie la loi nationale, les autres qui prononcent sur renvoi de la loi nationale, sacrifient la loi territoriale (1). Tous sacrifient de plus la *lex fori*. On voit immédiatement que la solution que les tribunaux ont obscurément et implicitement considérée comme la seule logique et la seule satisfaisante est précisément celle que propose la théorie que nous soutenons.

SÉCTION III

Le conflit de juridictions

- § 1. — Rôle du domicile dans les conflits de juridiction. Loi qui doit déterminer le domicile dans ce cas.
- § 2. — Compétence générale directe (n° 1. Compétence normale n° 2. Renvoi ; n° 3. Quasi-renvoi).
- § 3. — Compétence indirecte (n° 1. Compétence générale ; n° 2 Compétence spéciale).
- § 4. — Examen de la jurisprudence : n° 1. Compétence directe, la triple recherche qu'elle impose sur le domicile ; n° 2 Compétence indirecte (compétence générale, compétence spéciale).

§ 1. — *Rôle du domicile dans les conflits de juridictions*

S'il est un domaine où le domicile a conservé une influence prépondérante et quasi omnipotente, c'est le domaine de la compétence et particulièrement de la compétence *ratione personae*, « *actor sequitur forum rei* ». La compétence interne ou compétence spéciale, pour employer la terminologie bien connue de M. Martin, repose presque uniquement sur le domicile ; la compétence internationale, ou compétence générale, a parfois besoin, elle aussi, de faire appel à cette notion. Chaque fois qu'il s'agit de déterminer le domicile afin de connaître le tribunal compétent pour statuer sur un litige donné, selon quelle loi déterminera-t-on ce domicile ? Quelle est celle qui en fournira les éléments ? Voilà sous

(1) Sauf l'arrêt de Paris du 12 avril 1929, voir plus haut la discussion de cet arrêt,

quelle forme se présente à nous dans cette section le problème que nous étudions.

Inspiré toujours des mêmes principes directeurs, nous répondons. « C'est la loi qui fait du domicile un principe immédiat de compétence juridictionnelle, qui doit déterminer le domicile ».

§ 2. — *Compétence générale directe*

N° 1. — *Compétence normale.* — La première question que doit se poser un tribunal saisi d'un litige quelconque, avant même celle de la loi applicable c'est celle de savoir s'il est compétent pour en connaître, et il ne peut résoudre ce problème qu'à l'aide des principes de compétence juridictionnelle édictés par la loi qui le régit, la *lex fori*. C'est donc généralement la *lex fori* qui déterminera le domicile, parce que c'est elle qui s'y sera référée. Si par exemple la loi de l'Etat X, suivant la règle *actor sequitur forum rei* décide que le tribunal compétent est celui du domicile du défendeur, le tribunal de cet Etat appliquera cette loi de l'Etat X, et en particulier la notion qu'elle possède du domicile, pour savoir si le défendeur, quelle que soit sa nationalité, est ou non domicilié sur le territoire national, et en particulier dans le ressort du tribunal saisi.

C'est ainsi qu'avec de Vareilles Sommières nous pensons que le principe jurisprudentiel de l'incompétence des tribunaux français dans les litiges entre étrangers vient pour une bonne part, inavouée d'ailleurs, du fait que la jurisprudence refusait, avant 1927, un domicile en France aux étrangers non munis de l'autorisation gouvernementale prévue à l'article 13 C. c. La preuve en est que, dès que l'un des étrangers en présence jouissait de cette autorisation, et par suite d'un domicile légal, le principe d'incompétence disparaissait. C'est donc que les tribunaux français avaient déterminé d'après la loi française le domicile des étrangers.

Cependant il existe, à notre avis, trois hypothèses où ce n'est pas la *lex fori* qui déterminera le domicile parce que, et c'est là un corollaire de la formule que nous avons

donnée, ce n'est pas elle qui aura introduit directement cette notion dans le conflit de juridictions. Ces trois hypothèses sont : le renvoi, le quasi-renvoi, et certaines phases de la procédure d'exequatur.

N° 2. — *Renvoi*. — Le raisonnement qui sert de base au mécanisme du renvoi peut voir son application étendue à d'autres matières qu'aux conflits de lois. M. Niboyet a montré qu'en particulier on pouvait le faire intervenir dans les conflits de juridictions (1) et il en a même relevé un exemple jurisprudentiel (2). Si la *lex fori*, qui a seule qualité pour trancher le conflit de juridictions, s'en remet à une loi étrangère du soin de désigner le tribunal compétent, c'est son affaire, et si cette dernière loi se prononce en faveur du tribunal du domicile, c'est selon la notion que cette loi étrangère possède du domicile, qu'il faudra le déterminer. Le raisonnement que nous avons exposé dans la section précédente au sujet du renvoi, s'applique dans cette nouvelle hypothèse, qui repose sur les mêmes principes.

N° 3. — *Quasi-renvoi*. — Nous appelons quasi-renvoi la situation suivante : on sait que les tribunaux français ont peu à peu amendé et tempéré leur fameux principe d'incompétence dans les contestations entre étrangers, et que, pour se déclarer incompetents désormais dans une situation semblable, ils exigent que celui qui excipe de son extranéité fasse la preuve qu'il existe à l'étranger un tribunal susceptible de connaître utilement du litige. S'il n'existe pas à l'étranger de tribunal compétent, le tribunal français retiendra l'affaire pour éviter un déni de justice ; si au contraire il existe à l'étranger un tribunal compétent, le tribunal français s'inclinera et renverra les plaideurs (3). Donc c'est de la compétence du tribunal étranger que dépend l'incompétence du tribunal français et réciproquement, elle est entièrement conditionnée par

(1) Manuel, n° 404.

(2) Cassation, 22 janvier 1923, S. 1924, 1, 73 et la note de M. Niboyet.

(3) Cf. plus loin, 2^e partie, chap. II.

celle-là. M. Niboyet prétend qu'il n'y a pas là un renvoi à proprement parler, contrairement à ce que nous avons pensé jusqu'à la lecture de son article (1). Nous en convenons bien volontiers, et réservons le qualificatif de renvoi à l'hypothèse qu'il signale lui-même et dont nous venons de parler au paragraphe précédent, mais il nous concèdera sans doute que si cette situation ne constitue pas exactement un renvoi, elle lui ressemble furieusement. C'est pourquoi nous la désignons sous le nom de quasi-renvoi.

Dans cette hypothèse, la détermination du domicile peut se présenter sous un jour particulier. Pour justifier de l'existence d'un tribunal compétent à l'étranger, la preuve la plus fréquente que le défendeur aura à fournir sera celle d'un domicile sur le territoire de cet Etat étranger (car presque tous les Etats reconnaissent dans un pareil cas la compétence de leurs tribunaux) ; mais puisque, précisément, le domicile qui importe c'est *un domicile attributif de la compétence des tribunaux de l'Etat X*, c'est la loi de cet Etat X qui dira s'il est ou non réalisé (2). Ainsi, afin de décider s'il sera finalement compétent, le tribunal français devra déterminer le domicile de l'individu en cause non d'après la loi française, *lex fori*, mais d'après la loi du pays où l'individu prétend situer ce domicile et par suite le tribunal compétent pour connaître de son affaire. Il en serait ainsi, non seulement du domicile du défendeur, mais encore de tous les domiciles qui, à un titre quelconque, seraient reconnus par la loi étrangère comme attributifs de la compétence de ses tribunaux : domicile d'origine, domicile du *de cujus*, domicile du failli, etc... Etant donné le point de départ de la recherche qui est ainsi imposée aux tribunaux, apprécier le domicile autrement que selon la loi étrangère alléguée, serait une pure absurdité.

Les deux hypothèses précédentes, renvoi et quasi-renvoi, se rattachent à ce que M. Bartin appelle la compétence directe du tribunal saisi ; la suivante, au con-

(1) S. 1924, 1, 73.

(2) En ce sens, BROCHER, III, p. 66.

traire, se rattache à la compétence indirecte de ce tribunal.

§ 3. — *Compétence indirecte*

Lorsqu'un tribunal français est saisi d'une demande d'exequatur, il doit commencer par vérifier si le jugement qu'on lui soumet a été rendu par un tribunal compétent. C'est là une exigence traditionnelle et qui se comprend fort bien, elle figurait déjà dans le traité franco-sarde de 1860 et existe indépendamment de l'opinion que l'on peut avoir sur l'étendue des pouvoirs du tribunal du pays d'importation. Comment apprécier cette compétence ?

Etant donné que « tout tribunal est régi quant à sa compétence par la seule loi du lieu où il exerce sa juridiction » (Cassation, 1923, 14 mai) (1), le tribunal étranger n'avait pu mesurer sa compétence que d'après la loi étrangère, et il semblait normal de vérifier selon cette loi la compétence en question. Les tribunaux français se mettaient donc, pour ce faire, à la place du tribunal ayant rendu la sentence dont on sollicitait l'exequatur, et tel était aussi le sens de la jurisprudence étrangère (2). Mais on ne tarda pas à s'apercevoir que lorsque la loi française veut que tel ou tel litige soit tranché par les tribunaux français, elle s'oppose par là même à ce que sa solution puisse émaner d'un tribunal étranger ; que dès lors, s'ils accordaient l'exequatur dans une hypothèse semblable, les magistrats français violeraient la loi de leur pays, loi qu'ils ont pour mission, au contraire, de faire respecter (3). Un revirement se produisit alors, et la jurisprudence, tant française qu'étrangère, décida que le tribunal du pays d'importation devait rechercher uniquement d'après sa propre loi si le tribunal du pays d'origine était bien compétent pour rendre le jugement dont on sollicitait l'exequatur (4).

(1) S. 1923, 1, 321.

(2) Cf. les références que nous avons citées à ce sujet, chap. II, section II.

(3) VALÉRY, n° 567 ; DE VAREILLES DE SOMMIÈRES, II, p. 28 ; DESPAGNET DE BOECK, n° 199 et la jurisprudence que nous avons citée.

(4) Cassation, 2 mai 1928, S. 1928, 1, 281.

Le moment est venu pour nous d'approfondir un peu cette question afin d'étudier ses conséquences sur la détermination du domicile et le conflit qui en résulte. Nous allons le faire à la lumière du travail fondamental de M. BARTIN, *Etude sur les effets internationaux des jugements*, et de sa distinction devenue classique entre la compétence générale et la compétence spéciale des tribunaux.

N^o 1. — *Vérification de la compétence générale.* — Le tribunal français doit d'abord et certainement vérifier la compétence générale du tribunal du pays d'origine ; à supposer que le jugement ait été rendu par un tribunal italien, est-il avéré que ni un tribunal français, ni un tribunal d'un Etat tiers n'avaient le droit exclusif de connaître de l'affaire ? Cette question, le tribunal français la résoudra d'après le système français de compétence juridictionnelle générale indirecte, lequel est analogue, ainsi que M. BARTIN l'a montré, au système de compétence juridictionnelle générale directe. Il appliquera ce système, et les qualifications qu'il comporte, à la qualification elle-même, au raisonnement de qualification, aux faits que le juge du pays d'origine a incontestablement reconnus, à ceux qu'il est douteux qu'il ait reconnus, à ceux enfin qu'il a positivement et expressément rejetés (1). En tout cela il statuera exactement « comme s'il s'agissait d'un litige qui lui fut directement soumis et s'il avait à statuer sur sa propre compétence générale pour connaître du litige » (2). Donc, dans l'examen de la compétence générale, application exclusive et intégrale de la loi française (3). La détermination du

(1) BARTIN, *Etude sur les effets*, p. 177.

(2) BARTIN, *ibid.*, p. 165.

(3) C'est du moins l'opinion de M. BARTIN (*Principes*, I, p. 548, § 205), et de M. NIBOYET (*Idem.*, Daguin, Clunet, 1888, p. 33). Mais d'autres auteurs pensent que le tribunal du pays d'importation ne doit appliquer son propre système de compétence juridictionnelle générale directe qu'autant qu'il s'agit de savoir si la compétence étrangère n'a pas porté atteinte à sa souveraineté ; par exemple le tribunal français saisi de l'exequatur d'un jugement italien devrait se borner à rechercher selon la loi française si un tribunal français n'était pas compétent ; mais s'il s'agit

domicile pourra-t-elle s'y présenter ? Certainement. M. Martin dit avec juste raison : « Que si, en matière de compétence générale, c'est le lien de la nationalité qui fait tout, il s'en faut néanmoins que... la considération du domicile soit négligée ou inopérante » (1). Et, en effet, en dehors de textes exceptionnels qui, en raison de la nationalité des parties, attribuent compétence exclusive au tribunal d'un pays donné (art. 14 et 15 C. c.), l'adage *actor sequitur forum rei* reste toujours la règle générale. C'est donc cette règle qu'appliquera le tribunal saisi d'une demande en exequatur d'un jugement étranger rendu entre étrangers ou entre un étranger et un Français ayant renoncé au privilège des articles 14 et 15 C. c. (2). Lorsqu'en semblable hypothèse, le tribunal français recherchera dans quel pays se trouvait le domicile du défendeur, c'est d'après la loi française, *lex fori*, qu'il déterminera ce domicile.

N° 2. — *Vérification de la compétence spéciale.* — Mais le tribunal du pays d'importation doit-il borner là sa vérification de la compétence du tribunal du pays d'origine ? S'il est établi que, d'après les principes français de compétence juridictionnelle générale indirecte, les tribunaux italiens étaient compétents pour connaître du litige, faut-il examiner en outre si le tribunal italien qui a rendu la sentence était, de tous les tribunaux italiens, celui ou l'un de ceux qui avaient spécialement compétence, *ratione materiæ* ou *ratione personæ*, pour en connaître ? En un mot, faut-il vérifier la compétence spéciale du tribunal du pays d'origine ?

Pour Pillet, la négative est tellement évidente qu'il

de savoir si dans la même affaire un tribunal espagnol était compétent de préférence au tribunal italien, alors la loi française n'a plus à intervenir, c'est la loi italienne et la loi espagnole qu'il faut respectivement consulter. Nous estimons cependant que ce système ne permet pas de résoudre de façon satisfaisante la difficulté lorsque les lois étrangères en présence donnent des solutions contradictoires.

(1) MARTIN, *ibid.*, p. 56.

(2) Paris, 17 mai 1922, S. 1922, 2, 136 ; Aix, 4 mars 1929, *Semaine juridique*, 1929, p. 866 ; Paris, 3 avril 1930, D. H. 1930, p. 290.

juge inutile de la justifier, sinon sommairement (1). Et Valéry soutient la même opinion (2). Pour ces auteurs, la compétence spéciale du tribunal du pays d'origine est une question de pur droit interne, dont ne doit pas connaître le tribunal du pays d'importation. Si la décision dont on demande l'exequatur est devenue définitive, « les tribunaux français ne sauraient revenir sur cette appréciation sans émettre la prétention ridicule de connaître l'organisation judiciaire d'un pays étranger mieux que ses propres magistrats ». Vérifier la compétence spéciale serait ouvrir une voie de recours ultime à celui qui avait renoncé à soulever l'exception d'incompétence ou dont la prétention sur ce point avait succombé. C'est à cet avis que s'est rangé l'Institut de Droit international dans sa session de Vienne, en 1924 (3).

Nous ne partageons pas cet avis, et nous estimons que même la compétence spéciale doit être contrôlée par le tribunal du pays d'importation. La formule qui impose aux tribunaux de vérifier la compétence du tribunal étranger ne fait aucune distinction ; nous sommes même convaincu qu'à l'origine elle visait uniquement la compétence spéciale et que c'est pour elle qu'elle a été créée (4), il faut donc la lui appliquer. Cela crée, dit-on, une voie de recours supérieure ; mais l'exequatur tout entier, tel surtout que le comprend la jurisprudence française, est-il autre chose ? La prétention de statuer plus pertinemment que la juridiction d'origine n'est pas si ridicule qu'elle le paraît, il n'est que de se rappeler l'affaire Spada-de Komar, où le tribunal de la Seine était sollicité de donner l'exequatur à deux décisions italiennes rendues dans la même espèce et parfaitement contradictoires ; l'une venait de la Cour d'Ancône, l'autre de la Cour de Rome, qui s'étaient chacune reconnues

(1) II, § 693, citant à l'appui Cassation, 4 avril 1906, Revue 1906, p. 744.

(2) § 567, p. 793.

(3) Annuaire de l'Institut de D. I., tome 31, p. 139.

(4) Nous devons signaler que M. de la Morandière qui a une connaissance approfondie des traités franco-sardes de 1760 et 1860 est arrivé sur ce point à une conviction exactement opposée à la nôtre.

compétentes en situant dans leur ressort le dernier domicile de la *de cuius* ! Il y a donc non seulement possibilité théorique, mais obligation pratique pour les tribunaux du pays d'importation de vérifier la compétence spéciale du tribunal du pays d'origine. C'est ce qu'enseigne M. Martin (1) : « Pour que le tribunal du pays d'importation considère comme régulier du point de vue de la compétence du juge qui l'a rendu, le jugement étranger qui est invoqué devant lui, il faut que ce tribunal étranger ait été avant tout généralement compétent, puis qu'il ait été spécialement compétent, *ratione materiæ* d'abord, *ratione personæ* en second lieu ». Telle est aussi l'opinion de M. Niboyet (2).

Selon quelle loi le tribunal du pays d'importation va-t-il vérifier la compétence spéciale du tribunal dont émane la décision ? Tous les auteurs qui admettent cette recherche sont d'accord sur ce point : elle doit être faite conformément au système de compétence juridictionnelle spéciale de la loi du pays d'origine. « Les règles de compétence (spéciale) dont le tribunal saisi de la demande d'exequatur doit contrôler l'application sont *exclusivement* celles de la loi de l'Etat auquel appartient le tribunal étranger qui a rendu le jugement » (Martin) (3). De même M. Niboyet (4) : « Ce point ne peut être résolu que d'après la législation du pays étranger ». En effet, que le tribunal d'origine ait ou non commis une erreur dans l'appréciation de sa compétence spéciale, cette erreur n'a pu préjudicier à la souveraineté française, et relève purement du droit du pays d'origine ; c'est donc selon ce dernier que doit s'exercer ce contrôle, qui n'en conserve pas moins son utilité. Dans ce domaine aussi va alors se présenter le problème de la détermination du domicile, car c'est lui qui conditionnera le plus

(1) *Etudes sur les effets...*, p. 2, et *Principes*, I, § 209, p. 565.

(2) P. 925.

(3) *Etudes de D. I. P.*, p. 105 et la note 1, citant la jurisprudence en ce sens : Naples, 6 décembre 1886, Revue 1874, p. 252 (*sic*) ; Milan, 14 août 1868, 1^{er} août 1871 ; Cassation Naples, 19 février 1870 ; Turin, 25 juillet 1870, même Revue 1876, p. 643 ; Brescia, 1^{er} août 1871 ; Cassation Turin, 25 juin 1870, Revue 1877, p. 208.

(4) P. 925.

souvent la compétence *ratione personæ*. Selon quelle loi devra s'apprécier le domicile requis ? Puisque sa recherche se fait à l'instigation du système étranger de compétence juridictionnelle spéciale, c'est la notion étrangère du domicile, la notion de la loi du pays d'origine (1) que le tribunal du pays d'importation devra appliquer (2).

Pour nous résumer sur la question du conflit de lois sur le domicile surgissant incidemment au cours ou à l'issue d'un conflit de juridictions, nous n'avons qu'à reprendre notre formule, et dire que c'est la loi qui fait du domicile un principe immédiat de compétence juridictionnelle qui doit déterminer le domicile. Par conséquent cette loi sera normalement la *lex fori*, mais elle pourra être une loi étrangère toutes les fois que ce sera une loi étrangère qui fera du domicile un principe de compétence pour ses tribunaux, parce qu'on lui aura laissé appliquer ses règles de compétence juridictionnelle. Ce cas se produira notamment en cas de renvoi de compétence, de ce que nous avons appelé le quasi-renvoi et enfin de vérification de la compétence spéciale du tribunal d'origine en matière d'exequatur.

Malgré la variété, la difficulté et l'analyse compliquée des hypothèses où le domicile peut intervenir en cette

(1) En admettant que celle-ci ait déterminé la compétence de ses tribunaux sans renvoi ni aucune de ces complications que nous avons déjà exposées et étudiées, et dont nous avons donné la solution.

(2) On voit par l'étude que nous venons de faire de cette partie de la procédure d'exequatur quel rôle peut y jouer le domicile. Cependant nous devons faire à ce sujet une remarque curieuse, c'est que l'on ne trouve pas trace de ce rôle dans le remarquable ouvrage de M. Martin. Envisageant uniquement la question de la compétence juridictionnelle générale, l'auteur étudie longuement l'influence sur ce point du problème de qualification ; il envisage principalement à ce propos : la nationalité des parties, le lieu du paiement, le lieu de la promesse et de la livraison, etc., mais, chose curieuse, il ne se préoccupe pas du domicile (il est d'ailleurs facile d'étendre à ce cas la solution qu'il donne pour les autres) sauf à la note 1 de la page 126 : dans une espèce jugée par le tribunal du canton de Vaud le 7 février 1893 (Clunet, 1893, p. 634) où la compétence générale dépendait d'une « qualification du domicile », le tribunal a appliqué la qualification suisse, laquelle, ainsi que le note M. Martin, différerait de la qualification française ; à vrai dire, cette affaire est d'une exégèse difficile car il s'y mêlait une question d'interprétation du traité franco-suisse de 1869.

matière, on voit que la théorie que nous soutenons quant à sa détermination, s'adapte parfaitement et avec une entière précision à chacune d'elles. En est-il de même des théories rivales ?

Nous avons vu que la *lex fori* pouvait se voir écartée dans trois hypothèses différentes et nous ne doutons pas que ses partisans eux-mêmes nous concéderaient ces trois exceptions qui portent un coup très sensible à l'universalité de leur théorie. M. Niboyet ne pourrait que renouveler au sujet des conflits de juridictions la concession en matière de renvoi qu'il faisait au sujet des conflits de lois ; d'autre part les principes qu'il énonce le conduiraient de même à soustraire pareillement à l'application de la *lex fori* les deux autres cas où celle-ci ne se confond pas avec la loi que nous préconisons.

Quant à la loi nationale, sa prétention de désigner le domicile d'un individu lorsqu'une loi a fait de ce domicile le principe de la compétence d'un tribunal donné serait assez peu soutenable. Aussi Weiss et Valéry déclarent-ils formellement que pour des raisons d'ordre public international la loi nationale doit s'incliner ici devant la *lex fori* (1).

Nous n'examinerons pas davantage si la loi territoriale se révèle plus adéquate que la nôtre à la situation. Les arguments que nous avons développés contre elle dans la section II, lorsqu'il s'agissait de la détermination du domicile lors d'un conflit de lois, s'appliquent pareillement dans la présente section à la détermination du domicile lors d'un conflit de juridictions. D'ailleurs elle se confond avec la loi que nous préconisons dans la plupart des cas, notamment pour la compétence générale directe (sauf le cas de renvoi) et pour la compétence spéciale indirecte.

§ 4. — *Attitude de la jurisprudence*

Il nous reste à examiner si la jurisprudence a donné une solution au problème qui nous occupe dans cette

(1) WEISS, II, p. 325, et VALÉRY, § 119.

section. Disons immédiatement que nous n'avons pas trouvé de décision envisageant et résolvant nettement le conflit de lois sur le domicile en matière de compétence, mais peut-être peut-on relever certaines tendances, en suivant le cours des arrêts.

N° 1. — *Compétence directe.* — Sur le terrain de la compétence générale directe, la règle fondamentale semble être restée, ainsi que nous le disions, la maxime *actor sequitur forum rei* : Rennes, 26 décembre 1879 (1) (qui cependant assimile le juge du domicile et le juge national, ce qui semble emporter, selon la théorie de Foelix, l'impossibilité de posséder un domicile ailleurs que dans sa patrie) ; Paris, 17 mai 1922 (2) et 3 avril 1930 (3) l'affirment nettement ; d'autre part, toute la jurisprudence sur ce que nous avons appelé le quasi-renvoi, repose également sur cette base et l'on peut citer parmi les arrêts les plus nets : Paris, 26 mai 1905 (4), aff. Betschart ; Requêtes, 14 juin 1910 (5), aff. Martinez ; Cassation, 10 novembre 1920 (6), aff. Slater ; Seine, 20 juin 1922 (7), Paris, 28 octobre 1924 (8), Paris, 2 juin 1927 (9), aff. Villabrilie. Le tribunal français s'estimera donc compétent si le domicile du défendeur se trouve situé dans son ressort. Mais ce domicile exigé par le système de droit international privé français, le tribunal l'apprécie à l'aide de la notion française, et ce qu'il exige, c'est un domicile légal, c'est-à-dire établi avec l'autorisation du gouvernement, par suite si cette autorisation fait défaut, le tribunal sera incompétent (Il y a cependant exception pour la compétence successorale, pour laquelle il suffit que le *de cujus* ait eu un domicile de fait, mais là encore c'est une notion spéciale et française qui s'ap-

(1) S. 1881, 2, 81.

(2) S. 1922, 2, 135.

(3) DH., 1930, p. 290.

(4) S. 1907, 2, 202.

(5) Clunet, 1912, p. 209.

(6) S. 1923, 1, 129 ; Clunet, 1923, p. 71 ; D. 1925, 1, 127, 3^e espèce.

(7) Clunet, 1923, p. 75.

(8) Clunet, 1925, p. 692.

(9) Clunet, 1928, p. 703.

plique). Telle est peut-être l'origine du fameux principe jurisprudentiel de l'incompétence dans les contestations entre étrangers.

Mais selon le dernier état de la jurisprudence, dans le but d'éviter un déni de justice, le tribunal se reconnaîtra cependant compétent s'il n'existe pas à l'étranger de tribunal compétent pour connaître du litige (1). Le défendeur qui excipe de son extranéité cherchera alors à établir l'existence de cette juridiction étrangère qui le soustrairait aux tribunaux français, et pour cela il tentera de démontrer qu'il possède dans un pays étranger un domicile attributif de juridiction. Cela est si vrai que plusieurs arrêts réclament directement à l'étranger la preuve de ce domicile, au lieu de ne la lui réclamer qu'indirectement comme principe attributif de la compétence étrangère, ce qui est la seule voie logique et d'accord avec le principe comme avec son tempérament, et ce qui éviterait peut-être une erreur sur le sujet qui nous occupe (2). Etant donné que le domicile que, parvenu à ce stade, l'on doit rechercher, est un domicile qui fonde la compétence du tribunal étranger, c'est à la loi étrangère qu'il faut en demander les éléments. Mais cette solution, que nous estimons indispensable, ne ressort

(1) Cf. en particulier les trente-six décisions citées par Bennet, p. 77, note 3.

(2) Cassation, 8 avril 1851, sur Paris, 16 décembre 1850, D. 1851, 1, 137 ; S. 1851, 1, 337, aff. Carrighio, qui est peut-être la première où apparaisse le quasi-renvoi ; Paris, 17 avril 1852, D. 1854, 5, 325, aff. Brocchieri ; Seine, 16 février 1870, sous Paris, 12 juillet 1870, D. 1871, 2, 183, aff. Isabelle d'Espagne ; Caen, 29 janvier 1873, D. 1876, 2, 224, aff. May ; Seine, 26 mars 1887 (Clunet, 1889, p. 810, aff. Dubouchet) ; Dijon, 7 avril 1887, S. 1888, 2, 93 ; Paris, 13 juillet 1888, D. 1889, 2, 93, Clunet, 1889, p. 620, aff. Nathan ; Montpellier, 9 mai 1890, D. 1891, 2, 197, S. 1892, 2, 240 ; Paris, 8 août 1890, D. 1891, 2, 198, S. 1892, 2, 235, aff. Garlet ; Paris, 31 octobre 1890, D. 1891, 2, 199 ; S. 1892, 2, 239, aff. de Riso ; Seine, 6 juin 1890 confirmé par adoption de motifs le 4 novembre 1890, D. 1891, 2, 198 ; S. 1892, 2, 236, aff. de Looz ; Paris, 5 décembre 1890, S. 1892, 2, 234 ; Paris, 28 juin 1893 ; Lyon, 19 mars 1894 ; Paris, 7 décembre 1894, tous S. 1895, 2, 298 ; Seine, 21 janvier 1897 (Clunet, 1898, p. 112, aff. Keller) ; Paris, 23 mars 1899, D. 1900, 2, 21 ; Requêtes, 29 juillet 1912, D. 1912, Chroniques, p. 108, S. 1913, 1, 425 ; Requêtes, 25 juin 1918, S. 1918-19, 1, 209, D. 1925, 1, 127, 2^e espèce ; Douai, 29 janvier 1924, S. 1924, 2, 113.

pas clairement des décisions jurisprudentielles que nous avons consultées, et même il semble bien que plusieurs d'entre elles, qui ont reconnu la réalité du domicile à l'étranger allégué par le défendeur, se soient inspirées de la notion française (1) (Nous allons indiquer plus loin à quoi nous attribuons cette erreur des tribunaux). Si le tribunal ne reconnaît pas la réalité du domicile à l'étranger allégué par le défendeur, il en conclura à la compétence des tribunaux français.

Mais alors se posera une question de compétence spéciale. Parmi tous les tribunaux français compétents d'une compétence générale, et (par hypothèse) d'une compétence *ratione materiæ*, lequel sera compétent *ratione personæ* ? La règle française, l'article 59 Proc. répond : le tribunal du domicile ou de la résidence, et le tribunal français recherche alors, à l'aide de la notion française, si le domicile de fait du défendeur étranger se trouve dans le ressort de sa juridiction (2).

On voit donc qu'avant de se déclarer compétent pour connaître d'un litige, le tribunal pourra être amené à faire une triple recherche sur le domicile du défendeur : a-t-il un domicile légal en France ? A-t-il un domicile attributif de juridiction à l'étranger ? A-t-il un domicile de fait en France ? Les deux premières questions touchent la compétence générale, la troisième touche la compétence spéciale ; la première et la troisième sont posées par la règle française de compétence juridictionnelle, et c'est cette règle qui doit fournir les éléments déterminateurs du domicile ; la deuxième, au contraire, est posée par la règle étrangère de compétence juridictionnelle à laquelle la règle française a opéré ce que nous

(1) Seine, 11 janvier 1888, confirmé par adoption de motifs le 31 octobre 1890, D. 1891, 2, 199 ; S. 1892, 2, 239, aff. de Riso ; Seine, 6 juin 1890, confirmé par adoption de motifs le 4 novembre 1890, D. 1891, 2, 198 ; S. 1892, 2, 236, aff. de Looz ; Seine, 20 juin 1922, Clunet, 1923, p. 75, aff. Robertson ; Paris, 2 juin 1927, Clunet, 1928, p. 703, aff. Villabrilie. Cf. cependant nettement dans notre sens : Seine, 3 février 1897 (Clunet, 1897, p. 331, aff. Rown).

(2) Paris, 30 avril 1926, D. 1927, 2, 1 ; S. 1926, 2, 89.

avons appelé un quasi-renvoi, c'est donc à celle-là de fournir la notion du domicile qu'elle exige.

Les tribunaux n'ont pas très bien compris la complexité de cette analyse, et c'est là la raison des arrêts que nous avons cités comme paraissant aller à l'opposé de notre thèse. Le plus souvent, pour ne pas dire toujours, ils ne font qu'une seule recherche du domicile du défendeur, uniquement fondée sur des considérations de fait, sans jamais indiquer la notion qu'ils utilisent, et que l'on a peine à identifier à l'aide des éléments qu'ils font intervenir.

En matière de compétence générale directe, il y aurait intérêt à étudier la position prise par la jurisprudence au sujet du renvoi. Mais l'exemple donné par M. Niboyet consiste en un renvoi de la loi présomptivement choisie par les parties à la loi du lieu de destination, et le domicile n'intervient pas. Nous avons relevé une autre espèce, beaucoup moins nette. Dans l'affaire Slater, le tribunal de la Seine le 15 janvier 1913 (1) décida : « Attendu en droit qu'aux termes des dispositions légales qui régissent le statut personnel des parties en cause, lesdites parties, qui ont conservé la nationalité américaine, ne peuvent déférer les conflits qu'elles ont à solutionner, qu'aux juges du lieu où elles ont effectivement établi leur domicile ». Il est bien évident que faire dépendre la compétence du statut personnel des parties en cause constitue une grave erreur, mais le tribunal de la Seine l'ayant commise, et la loi américaine renvoyant, ainsi qu'il le constate, à la loi du domicile, c'est selon celle-là qu'il aurait dû déterminer celui-ci. Or il appliqua tout au contraire la notion française, et rechercha le domicile « tel qu'il convient de la comprendre quand on envisage en France le domicile d'un étranger », le domicile légal. Ce zèle dans l'application de la *lex fori* n'avait malheureusement qu'un défaut, c'était d'être trop tardif. Aussi bien la Cour de Paris et la Cour de cassation (1) si elles ont abouti à la même solution, se sont bien gardées d'adop-

(1) Clunet, 1913, p. 1227.

ter une base aussi fausse. C'est pourquoi nous croyons négligeable ce jugement qui est en opposition non seulement avec notre théorie, mais encore avec la pratique jurisprudentielle dans la matière exactement correspondante du renvoi dans les conflits de lois.

N° 2. — *Compétence indirecte*. — En matière de compétence indirecte, nous avons déjà procédé à l'examen de la jurisprudence à la section II du chapitre II, et nous y avons fait allusion tout récemment encore, lorsque nous avons analysé le mécanisme de l'instance en exequatur. Nous n'avons donc qu'à rappeler, que, dans le dernier état de la jurisprudence, la compétence générale indirecte s'apprécie d'après la loi du pays d'importation, *lex fori* (2). Par conséquent il est à peu près hors de doute que le conflit de lois sur la détermination du domicile qui se présenterait dans ce cas serait résolu selon la *lex fori*. Nous n'avons pu relever d'espèce parfaitement nette, citons cependant en ce sens : Aix, 4 mars 1929 (3) qui s'explique trop brièvement ainsi : « Attendu qu'Isnard est citoyen français, domicilié à Nice, rue des Ponchettes, 5, et n'a en Italie ni domicile, ni résidence fixe ».

Quant à la compétence spéciale indirecte qui, selon notre opinion, doit s'apprécier selon la loi du tribunal du pays d'origine, les tribunaux ne se prononcent à son sujet que si le défendeur soulève cette difficulté ; or cette hypothèse ne se rencontre presque jamais. Cependant nous avons relevé trois décisions touchant ce point, et il se trouve que l'une d'elles est topique et telle qu'on ne peut imaginer espèce plus propice à la démonstration. C'est l'arrêt de Paris du 11 mai 1869 (4) confirmé par l'arrêt de cassation du 27 avril 1870 (5) dans l'affaire Spada-de Komar dont nous avons déjà longuement

(1) Clunet, 1923, p. 71, S. 1923, 1, 69.

(2) Cassation (civile), 2 mai 1928, S. 1928, 1, 281.

(3) *Semaine juridique*, 1929, p. 866.

(4) S. 1870, 2, 10.

(5) S. 1871, 1, 91.

parlé. Dans cette affaire, tout reposait sur la détermination du domicile de la *de cujus*, et la Cour de Paris dût se livrer à cette recherche; malheureusement elle ne posa pas en principe l'application d'une loi quelconque et se détermina d'après des considérations de fait que l'arrêstiste ne crut pas utile de reproduire. De sorte que nous savons bien qu'elle a apprécié la compétence spéciale du tribunal du pays d'origine, et cela « d'après les règles du droit, les mêmes à Rome et dans le royaume d'Italie qu'en France » (bien que la Cour n'ait pas distingué entre la compétence générale et la compétence spéciale, sans doute parce qu'elles se déterminaient toutes les deux par une seule et même règle), nous savons d'autre part qu'elle a apprécié le domicile, qu'elle l'a fixé à Rome, selon la prétention de la princesse de Beauveau, et non à Quiete, selon la prétention du comte Lavinio Spada, mais nous ne savons pas à quelle loi elle a emprunté la notion qui l'a conduit à cette solution.

Le 17 mars 1874 (Clunet, 1875, p. 271) le tribunal de Bayonne saisi d'une demande d'exequatur, vérifia la compétence du tribunal de Sarragosse qui avait rendu le jugement. Le défendeur, un français le colonel Perrot, prétendait qu'il aurait dû être assigné non devant le Tribunal de Sarragosse mais bien devant celui de Madrid où était son véritable domicile. C'était donc une question de compétence spéciale et le tribunal l'examina selon la loi espagnole, dans laquelle elle constata l'exigence d'un domicile actuel. Il n'est pas absolument certain que ce soit cette loi que le tribunal ait appliquée lorsqu'il jugea que Perrot colonel dans l'armée espagnole avait un domicile de dépendance à Madrid, mais il est extrêmement improbable qu'il ait changé au dernier moment la loi dont il s'était servi jusque là dans sa vérification de la compétence du tribunal du pays d'origine. Ce jugement paraît donc bien avoir appliqué nos principes.

La dernière décision que nous ayons relevée est celle du Tribunal de Boulogne-sur-Mer du 1^{er} décembre 1899 (Clunet, 1901, p. 785). On demandait à ce tribunal l'exequatur d'un jugement rendu en Angleterre entre deux Anglais. Le défendeur prétendait que le tribunal

du pays d'origine était incompétent, car son domicile se trouvait en France et non plus en Angleterre. La question touchait donc autant à la compétence générale qu'à la compétence spéciale mais ce qu'il y a de certain, c'est que le tribunal appliqua la loi du pays d'origine et exigea du défendeur, la preuve qu'il avait aux termes de la loi anglaise, perdu tout domicile en Angleterre. Il insista longuement sur ce point, mais ne se chargea pas de rechercher et d'appliquer lui-même la loi anglaise, se contentant de remarquer, que le défendeur ne rapportait pas la preuve qui lui incombait.

La jurisprudence n'a donc pas donné de solution précise au problème du conflit de lois sur le domicile survenant au cours ou à l'issue d'un conflit de juridictions préexistant. Cependant, des solutions qu'elle donne à ces conflits de juridictions, peut-être pourrait-on déduire celle qu'elle appliquerait, le cas échéant au conflit de lois sur le domicile, et ce serait fort probablement celle que nous préconisons nous même.

SECTION IV

Les traités et les conventions internationales

- § 1. — Rôle du domicile dans les traités et les conventions internationales : n° 1. Traités d'annexion et leurs clauses sur la nationalité ; n° 2. Conventions sur la condition des étrangers ; n° 3. Conventions sur les conflits de lois ; n° 4. Conventions sur les conflits de juridictions.
- § 2. — Loi qui doit déterminer le domicile quand il est prévu dans une convention ; pouvoir d'interpréter les conventions internationales ; présomptions proposées.
- § 3. — Examen de la jurisprudence : n° 1. Arrêts intervenus sur l'application des traités d'annexion ; n° 2. De la convention de La Haye ; n° 3. Du traité franco-belge du 8 juillet 1899 ; n° 4. Du traité franco-suisse du 15 juin 1869 (interprétation de l'expression « juges naturels du défendeur », explication par le domicile, explication de la Cour de cassation ; détermination de la résidence.)

§ 1. — *Rôle du domicile dans les traités et les conventions internationales*

Nous avons réservé pour cette dernière section le cas où il s'agit de déterminer le domicile pour obéir aux

exigences d'un traité international. Ces traités sont conclus dans les matières les plus diverses et peuvent intervenir dans les quatre domaines que nous venons d'étudier dans les trois précédentes sections : nationalité, condition des étrangers, conflit de lois et conflit de juridictions.

N° 1. — *En matière de nationalité.* — C'est généralement dans les traités d'annexion que l'on accorde au domicile une influence considérable sur la nationalité des habitants ou des originaires des territoires annexés, soit que l'on étende la nationalité de l'Etat annexant aux personnes domiciliées sur les territoires annexés, soit au contraire que l'on permette de s'y soustraire aux personnes qui, dans un certain délai, transporteront leur domicile hors de ces territoires. Citons parmi les traités qui contiennent de semblables dispositions (1) : les traités de 1814, le traité franco-sarde du 24 mars 1860 et le décret du 30 juin suivant (art. 1), le traité de Francfort des 10 mai 1871 (art. 2) et 11 décembre suivant, le traité de Versailles (art. 91 et suivants, 105 et ss., 112 et ss.), le traité de Trianon, le traité de Lausanne, le traité de Saint-Germain (art. 70). On comprendrait d'ailleurs très bien qu'en dehors des traités d'annexion, dans le but par exemple de diminuer le nombre des apatrides, deux ou plusieurs Etats signassent une convention où le domicile jouerait un rôle dans la détermination de la nationalité. Dans une situation intermédiaire, signalons que la qualité « d'habitant de la Sarre » a été réglée par une convention franco-sarroise du 27 mars 1926 laquelle se réfère presque uniquement au « domicile légal » des individus ou de leurs parents et par une ordonnance de la Commission de Gouvernement de la Sarre du 15 juin 1921 (2).

(1) Tous les traités que nous signalons ici en matière de nationalité, de condition des étrangers, de conflit de lois et de conflit de juridictions se trouvent rapportés dans le recueil de MM. Niboyet et Goulé ou son supplément, à leur ordre alphabétique.

(2) *Journal officiel* de cette commission, 25 juin 1921, p. 92.

N° 2. — *En matière de condition des étrangers.* — En ce qui concerne la condition des étrangers, nombreux sont les traités qui réglementent cette matière et beaucoup font allusion au domicile.

Citons d'abord la convention d'union pour la propriété industrielle, conclue à Paris le 20 mars 1883 (*J. O.*, 8 juillet 1884) dont l'article 3 dispose : « Sont assimilés aux sujets ou citoyens des Etats contractants les sujets ou citoyens ne faisant pas partie de l'Union qui sont *domiciliés* ou ont des établissements industriels ou commerciaux sur le territoire de l'un des Etats de l'Union ». L'équivalence du domicile prévu est si large que l'application de ce texte n'a pas, à notre connaissance soulevé de difficultés sur la détermination du domicile.

Citons encore au sujet de la dispense de caution *judicatum solvi* imposée « pour défaut de domicile ou de résidence dans le pays », la convention de la Haye du 22 mai 1897 (art. 11), l'arrangement franco-finlandais du 20 janvier 1927, le traité franco-siamois du 14 février 1925 (1rt. 5) et la déclaration annexée à l'accord commercial franco-allemand du 5 octobre 1927 (art. 1) ; pour le droit d'ester en justice, subordonné à l'existence d'un domicile sur le territoire du for, le traité franco-japonais du 19 août 1911 (art. 4) ; pour la circulation des voyageurs de commerce, l'article 2 du traité du 16 août 1922 entre la France et le Panama ; pour l'assistance judiciaire, la convention franco-luxembourgeoise du 4 janvier 1923 dont les articles 4 et 5, alinéas 2 et 5, opposent assez curieusement l'« état de domicile » et l'« état de résidence » (1) ; en matière fiscale, la convention franco-sarroise du 5 juillet 1922 dont l'article 4, alinéa 2, se réfère au domicile du défunt ; enfin le traité franco-suisse d'établissement du 23 février 1882 qui prévoit dans son article 2 les conditions requises des Français « pour prendre domicile ou former un établissement en Suisse ». En outre d'innombrables traités, en particulier sur

(1) Il est probable qu'il s'agit là d'une inadvertance car dans l'accord d'interprétation publié au *J. O.* du 7 mai 1926, c'est à l'« état d'origine » que les articles 4, 7 et 10 opposent l'« état de résidence ».

l'assistance judiciaire croient éluder la difficulté de la détermination du domicile en se référant à la résidence qui, nous l'avons déjà dit, soulève à peu près les mêmes problèmes. D'autre part la clause de la nation la plus favorisée peut contribuer à étendre à d'autres pays l'application des traités que nous avons mentionnés.

N° 3. — *En matière de conflits de lois.* — Plus rares sont les traités dans le domaine du conflit de lois ; nous ne pensons pas que la France soit liée actuellement par aucun. D'autre part les conventions de la Haye ont marqué une tendance très nette vers la compétence législative de la loi nationale, et n'ont jamais, ce nous semble, attribué de compétence législative à la loi du domicile.

N° 4. — *En matière de conflits de juridiction.* — Par contre, il existe un certain nombre de traités destinés à résoudre les conflits de juridictions (il existe d'ailleurs d'autres indices qui semblent prouver que, bien que l'une et l'autre mettent également en jeu leur souveraineté, les Etats sont plus jaloux de l'application de leur législation que de la compétence de leurs tribunaux, et qu'une entente intervient plus facilement pour la répartition internationale des compétences juridictionnelles que pour celle des compétences législatives) (1). A l'heure actuelle, deux au moins de ces traités sont en vigueur en France : le traité franco-suisse du 15 juin 1869 a posé en principe la compétence des « juges naturels du défendeur » que l'on traduit généralement par « compétence des juges du domicile » ; d'autre part il vise en

(1) Cependant une réaction se manifeste actuellement en sens inverse. On avait d'abord cru que l'essentiel était dans la détermination de la loi compétente et que celle-ci devait s'appliquer ensuite fatalement quel que soit le tribunal saisi, mais l'on s'est aperçu que si cela est vrai théoriquement, c'est pratiquement inexact et que l'intérêt essentiel réside dans la compétence des tribunaux qui trouvent ensuite des prétextes variés pour appliquer la loi qu'ils veulent. Aussi les conventions actuelles marquent-elles une tendance à mettre au premier plan la compétence juridictionnelle et non la compétence législative. M. J. de la Morandière nous signale par exemple le projet de convention franco-anglaise sur l'exécution des jugements, qui ne s'attache qu'à la compétence générale et prévoit formellement que l'exequatur sera accordé inême si les règles de conflits du pays d'importation n'ont pas été observées.

plusieurs endroits (succession, etc...), soit le domicile, soit la résidence ; le traité franco-belge du 8 juillet 1899 prévoit à l'article 2 le défaut de domicile ou de résidence, et à l'article 8 désigne le tribunal du domicile comme compétent pour prononcer la faillite. Enfin les conventions de la Haye ont fréquemment indiqué le domicile comme attributif de juridiction. Si ses rédacteurs ont le plus souvent pris soin de se référer à la notion plus souple et apparemment moins dangereuse de « résidence habituelle », la convention du 12 juin 1902 sur le divorce permet de porter la demande « devant la juridiction compétente du lieu où les époux sont domiciliés » ou « du domicile du défendeur », ou « du dernier domicile commun » (art. 5, alinéa 6) ; de même, à défaut de divorce ou séparation de corps, pour les mesures provisoires (art. 6) (1).

§ 2. — *Loi applicable dans ce cas*

Si nous examinons maintenant sous quelle forme se présente en cette section le problème que nous prétendons étudier, nous remarquons que l'application de la règle que nous avons formulée peut très bien s'y adapter. La formule générale de cette règle était la suivante : « C'est à l'autorité qui fait du domicile une condition nécessaire à l'obtention d'un droit ou d'une qualité, ou qui résout par la loi du domicile un conflit de lois ou de juridictions préexistant, qu'il appartient de définir ce qu'elle entend par domicile ». Toute la difficulté vient de ce que l'autorité en question n'est pas, dans le cas présent, une souveraineté organisée, possédant sa législation autonome, ses systèmes propres de compétence législative et juridictionnelle, ses qualifications définies, ses conceptions fermes et connues. Ce n'est pas non plus une autorité supranationale, c'est un produit plus ou moins transactionnel, œuvre commune de souverainetés différentes, qui jouit de l'autorité légale chez tous les

(1) Cf. la note de M. G. Cluzel, sous Paris, 21 janvier 1909, *Clunet*, 1910, p. 156.

Etats signataires, mais qui doit autant que possible se suffire à lui-même. C'est pourquoi c'est à lui que l'on doit demander de fournir la notion du domicile qu'il emploie. Il se peut que ses rédacteurs aient été assez prévoyants pour définir ce qu'ils entendaient par « domicile ». Tel est le cas pour le traité du 24 mars 1923 entre l'Allemagne et divers cantons suisses (art. 3 et 4) dont nous avons vu la prolixité à ce sujet (1) ; tel est le cas aussi du traité signé à Rome le 13 juin 1921 entre les Etats successeurs de l'Autriche-Hongrie (art. 2), tel est le cas enfin du projet franco-italien. Il se pourrait aussi qu'une convention internationale sur la détermination du domicile, comme celle de M. de Magalhaes, soit en vigueur chez les Etats signataires du traité et dans le pays de la *lex fori* (qui, en théorie, peut être différent).

Mais le plus souvent le traité sera muet ; il aura employé l'expression « domicile » comme un terme bien connu et il se trouvera que cette notion sera différente selon les législations des Hautes Parties Contractantes. Il s'agira alors d'interpréter le traité.

On le voit, cette interprétation du traité international ne nous apparaît pas sous le jour où l'a vue Prud'homme dans sa thèse remarquable : « La loi territoriale et les traités diplomatiques devant les juridictions des Etats contractants ». Pour cet auteur le conflit s'élève entre la *lex fori* et le traité, entre le principe de territorialité et le principe de division des souverainetés civiles, et il se trouve résolu différemment selon que prédomine l'un ou l'autre de ces deux principes, suivant qu'il s'agit d'un traité d'annexion, d'un traité de protectorat, d'un traité de jouissance ou d'un traité d'union. Il ne donne aucune solution au problème qui nous occupe. Cependant il examine dans son chapitre III, section I, une difficulté qui peut en être rapprochée : il s'agissait d'interpréter ce que les traités d'annexion entendent par « originaires » de définir en somme cette expression. Or, les tribunaux de l'Etat annexé l'ont toujours fait dans un sens restreint, ceux de l'Etat annexant au contraire dans un sens

(1) Cf. plus haut, chap. I, section IV.

large. On en a un exemple typique dans l'attitude de la seule jurisprudence française qui adopte l'une ou l'autre position selon qu'elle interprète le traité franco-allemand de 1871 ou le traité franco-sarde de 1860. Ici donc prédominance de la *lex fori*, mais cette solution ne s'applique qu'aux traités d'annexion; or, Prud'homme n'a pas prévu autre part cette difficulté (il a d'ailleurs intentionnellement laissé de côté les traités sur les conflits de juridictions, c'est-à-dire ceux qui nous fournissent la quasi-totalité de nos espèces jurisprudentielles) et il nous est assez difficile de la résoudre à l'aide des principes qu'il formule.

Pour nous, il s'agit d'appliquer le traité, de l'appliquer loyalement, non seulement dans ses dispositions claires et précises, mais encore dans ses clauses ambiguës ou ses termes à double sens. Il s'agit dans ce dernier cas de l'*interpréter*. A qui appartient ce pouvoir d'interprétation? La solution la plus rigoureuse consisterait à réserver ce droit à l'autorité dont le traité émane, c'est-à-dire à un accord diplomatique des Etats signataires. C'est l'adage bien connu : « *Cujus est condere legem, ejusdem interpretari* ». Etant donné les difficultés d'un tel accord, on pourrait également s'en remettre à une Cour internationale de Justice qui aurait mission d'interpréter la convention selon son esprit et ses principes fondamentaux; c'est le cas de la convention francoluxembourgeoise du 4 janvier 1923, art. 9 (1) et du projet de M. de Magalhaes, art. 15. Mais pour des traités d'une application journalière comme ceux que nous étudions, une telle procédure serait pratiquement impossible (d'autant plus qu'elle ne supprime pas toujours toutes les difficultés, l'avis consultatif n° 7 de la Cour Permanente de Justice Internationale à propos des divergences d'interprétation du traité conclu le 28 juin 1919 entre les principales puissances Alliées et Associées et la Pologne sur la protection des minorités, dont nous avons déjà fait mention, en est un exemple). Il faut donc permettre aux juridictions des Etats contractants d'interpréter même les

(1) S. 1927, 4, 1286.

clauses obscures ou sujettes à controverse. Cela d'ailleurs n'a rien que de très juridique ; le traité jouit d'une autorité, dans l'Etat signataire, égale à celle des lois de cet Etat ; les tribunaux l'appliquent comme ils appliquent les lois, ils doivent pouvoir l'interpréter comme ils interprètent les lois. Refuser le pouvoir d'interpréter, c'est réduire à néant le pouvoir d'appliquer.

Sans instituer ici la longue et délicate étude qui s'imposerait (1), disons seulement que nous reconnaissons aux tribunaux des Etats signataires le pouvoir d'interpréter les conventions internationales. Mais de même que l'on doit rechercher, notamment dans les travaux préparatoires de la loi, la volonté de ses auteurs, de même c'est dans la convention elle-même, dans les actes qui l'accompagnent, dans les travaux et discussions qui l'ont précédée, que l'on doit rechercher le sens et la portée de ses dispositions. Mais, alors qu'à défaut d'indications précises, le tribunal utilise pour l'interprétation de la loi interne les conceptions, les qualifications, les raisonnements, les principes et les méthodes de sa propre loi, il ne doit en faire usage dans l'interprétation de la convention internationale qu'autant qu'il apparaîtra d'une manière satisfaisante que cette convention s'y est référée, ou les a autorisés de préférence à ceux des nations cocontractantes (2). Par conséquent lorsqu'il s'agira de déterminer le domicile visé par une convention internationale et que celle-ci n'aura pas nettement défini en quoi il consistera, les tribunaux devront le rechercher en s'inspirant des principes que nous venons d'exposer (3).

(1) Voir particulièrement sur ce point l'article de G. Appert (Clunet, 1899, p. 483), qui paraît avoir influencé la thèse de Prud'homme.

(2) Tel est bien l'avis de M. BARTIN, *Principes*, I, § 52, 53.

(3) On peut concevoir un autre mode d'interprétation des traités internationaux. Il consiste à poser en principe que, dans l'arsenal législatif d'un Etat, les traités constituent une exception à l'application normale de la *lex fori* ; comme tel, le traité doit être interprété dans son sens le plus restrictif. Par conséquent si le traité se sert d'une notion sans la définir, les tribunaux doivent présumer qu'il s'agit de la notion usitée dans la *lex fori*, à moins qu'il n'apparaisse de façon suffisamment nette que les auteurs de la convention ont entendu renoncer à la qualification nationale pour adopter une qualification nouvelle. Cette théorie aboutit au même résultat que la nôtre, mais renverse la présomption, Elle offre l'avantage

S'agit-il d'un traité d'annexion ? Il sera alors vraisemblable que l'Etat annexant aura imposé sa notion du domicile à l'Etat démembré comme il lui a imposé sa volonté si le traité est l'œuvre d'un vainqueur ; c'est en fonction de lui qu'il est établi, ce sont ses notions qu'il emploie (1). S'agit-il d'un traité de jouissance ? La question est plus délicate ; néanmoins il semble que chaque Etat n'a consenti un traitement spécial aux sujets des cocontractants qu'en égard au domicile qu'ils avaient sur son territoire, que par suite il n'a pu mesurer l'étendue de sa concession que par référence à sa propre notion du domicile, et que par conséquent, à défaut de toute indication contraire, c'est la loi territoriale que les tribunaux doivent appliquer. Pour les traités sur les conflits de lois et les conflits de juridictions la recherche se fera à l'aide des travaux préparatoires, des annexes, des protocoles, etc... Nous ne nous dissimulons pas la difficulté de cette recherche, et surtout le « nationalisme » bien connu des juridictions respectives des Etats contractants, qui tendront toujours à interpréter les conventions dans le sens de leur intérêt. Mais on ne saurait trop réagir contre cette tendance ; un traité interprété de façon différente de part et d'autre de la frontière a perdu sa raison d'être, qui est précisément l'unification des législations, et la similitude des solutions judiciaires ; il est conclu dans le but de remédier à un mal, il ne faut pas que ce mal soit aggravé par l'interprétation. Aussi dans l'hypothèse où aucun indice ne permet de savoir si la

de la certitude dans le cas où l'on ne peut relever dans la convention ou les travaux qui l'ont entourée aucun indice de l'intention des Hautes Parties Contractantes relativement au domicile. Nous reprochons à ce système d'aboutir à des interprétations divergentes sur les différents territoires et de rendre ainsi le traité inutile et même dangereux ; mais ses auteurs tiennent pour certain que l'obligation internationale contractée par leur gouvernement n'engage aucunement les tribunaux qui appliquent le traité, car pour ceux-ci le traité ne vaut que par la promulgation de l'autorité territoriale et dans les mêmes limites que les lois ordinaires. C'est pourquoi d'ailleurs les tribunaux ne peuvent interpréter dans les traités que ce qu'ils pourraient interpréter dans une loi ordinaire.

(1) Mais les juridictions de l'Etat annexé peuvent-elles présumer que leur gouvernement a fait une concession contraire à ses intérêts ? Il est peu probable qu'elles le fassent.

convention possède une notion propre du domicile, ou si elle a adopté celle de tel ou tel des Etats signataires, nous ne voyons pas d'autre solution que l'application cumulative de toutes les notions en présence, car nous ne trouvons aucune raison valable d'en sacrifier quelqu'une. La convention internationale est le résultat de négociations où deux ou plusieurs puissances ont traité sur un pied d'égalité ; nulle d'entre elles ne peut à sa guise la modifier, nulle ne peut, par conséquent, imposer exclusivement les principes, définitions et qualifications nécessaires pour l'interpréter. Par conséquent lorsqu'il n'apparaîtra pas d'une façon suffisamment claire que les Etats signataires se sont mis d'accord sur une notion du domicile, il nous semble que le tribunal saisi de la question ne peut fixer en un lieu donné le domicile d'un individu que si une telle détermination résulte unanimement de la législation propre de tous les Etats signataires ; à défaut de cette unanimité, l'individu sera réputé sans domicile, et l'on pourra peut-être, si l'hypothèse le permet, attribuer, soit à la résidence, soit à la simple présence matérielle, les effets réservés au domicile. Nous avons déjà dit ce qu'une telle extrémité avait de fâcheux ; si nous y recourons dans cette circonstance exceptionnelle, c'est en déplorant qu'aucune solution plus satisfaisante ne se présente à notre esprit.

§ 3. — *Attitude de la jurisprudence*

Il est assez difficile de tirer des conclusions bien nettes de l'examen de la jurisprudence. Le travail de Prud'homme, les décisions qu'il cite, la systématisation qu'il en tire, ne peuvent s'appliquer au problème que nous envisageons. Nous avons cependant, lors de l'examen jurisprudentiel sommaire que nous avons fait dans les précédents chapitres (1), déjà indiqué certaines tendances des tribunaux ; étudiant de plus près leurs décisions, nous avons l'intention de démontrer qu'elles peuvent cadrer avec la théorie que nous proposons,

(1) Chap. I, section III ; chap. II, section II, p. 68.

N° 1. — *Traités d'annexion.* — Nous avons déjà cité l'espèce où la Cour de Paris eut à définir et interpréter le domicile prévu dans le traité de Francfort du 10 mai 1871 (1). La Cour, faisant siens les motifs du tribunal déclara : « que les termes du traité de Francfort ne permettent pas d'admettre que les parties contractantes aient entendu établir un principe contraire au droit public français » ; elle en voit la preuve dans le contexte du traité et déclare que le changement de domicile exigé des alsaciens-lorrains pour la conservation de leur nationalité française est une « disposition non ambiguë », qu'elle interprète selon le droit français. Si elle applique la notion française, ce n'est donc qu'après avoir déclaré que le traité, en ce qu'il représentait l'intention commune des Hautes Parties Contractantes, l'y autorisait. Cette décision est d'autant plus remarquable qu'elle aboutissait à refuser la nationalité française au demandeur alsacien, et cela en adoptant une notion stricte du domicile, notion qui, pour des raisons politiques, n'était pas celle préconisée en pareil cas par l'Administration française elle-même (2).

La Cour de cassation de Roumanie s'est reconnue compétente pour définir le « domicile » prévu à l'article 70 du traité de Saint-Germain (3).

N° 2. — *Convention de la Haye sur le divorce.* — La convention de la Haye du 12 juin 1902 sur le divorce n'a été en vigueur en France que pendant fort peu de temps, mais nous avons pu relever à son sujet un arrêt de la Cour de Paris du 10 janvier 1911 (4) : il s'agissait de savoir si les juges de la Seine étaient bien ceux du « dernier domicile commun » de deux époux hollandais ; la Cour ne s'est pas demandée quelle était alors la loi applicable à la détermination du domicile, elle paraît avoir vu là une pure question de fait, à tel point qu'ayant à vérifier la réalité

(1) Seine, 10 janvier 1891, confirmé par adoption de motifs le 12 mai suivant, S. 1891, 2, 168.

(2) Revue générale d'Administration, 1879, 2, 303.

(3) 18 octobre 1926, Clunet, 1927, p. 500.

(4) S. 1911, 2, 270.

du domicile invoqué, elle le fit non pas à l'aide des éléments de la notion française de domicile légal, mais en envisageant seulement un domicile de fait, plus souple et plus vague. Peut-être d'ailleurs a-t-elle pensé que telle était l'intention des auteurs de la convention d'après l'esprit qui s'en dégage, mais elle ne l'a pas dit explicitement.

N° 3. — *Convention franco-belge.* — Nous avons relevé également plusieurs décisions touchant la convention franco-belge du 8 juillet 1899, bien qu'à cet égard la similitude des législations française et belge semblât au premier abord éviter tout conflit sur la détermination du domicile. Le 5 janvier 1903, la Cour de Douai eut à apprécier le domicile d'un belge en France, ce dernier prétendant être domicilié en Belgique afin de se soustraire à la compétence des tribunaux français (1). La Cour fit le raisonnement suivant : la convention de 1899 pose le principe de l'assimilation au national, donc la compétence des tribunaux français vis-à-vis des belges est la même que vis-à-vis des Français, par suite le domicile qui la conditionne est le même également. En agissant de la sorte, et en résolvant le conflit de lois sur la détermination du domicile par cette voie détournée, il semble bien que la Cour de Douai ait à bon droit interprété la convention d'après les arguments intrinsèques qu'elle fournissait.

Le 23 juillet 1908 (2) le tribunal de Bruxelles définit avec force détails « le domicile dont s'agit à l'article 8, alinéa 1 de la convention franco-belge du 8 juillet 1899 », c'est un domicile commercial dont le tribunal énumère un grand nombre d'éléments. S'il est évident qu'il s'agissait bien en effet d'un domicile commercial, le critérium adopté par le jugement peut cependant prêter à discussion.

Enfin la même question s'est posée devant la Cour de Paris le 10 novembre 1922 (3) où il s'agissait de déter-

(1) Aff. Carpentier, D. 1903, 2, 152 ; S. 1903, 2, 205, Clunet, 1903, p. 829.

(2) D. 1910, 2, 21.

(3) S. 1922, 2, 128.

miner, non plus le domicile d'un individu, mais le siège social d'une société. La Cour de Paris décida : « Qu'en employant l'expression siège social, la convention *n'a pas entendu modifier* le sens que les tribunaux français lui accordent » et que par suite il y avait lieu d'appliquer la théorie jurisprudentielle française sur la fictivité du siège social.

On le voit, dans toutes ces espèces, les tribunaux ont une tendance certaine à appliquer leur notion propre du domicile, mais le plus souvent ils prennent soin de légitimer cette application en l'affirmant voulue ou tolérée par la convention elle-même. C'est ainsi que le tribunal de Laon le 5 août 1908 (1) s'étant livré à une recherche très minutieuse du domicile du sieur C... sans que l'on puisse affirmer qu'il ait utilisé la notion française ou la notion belge à cause de leur similitude ne manqua pas de conclure que C... avait abandonné son domicile « au sens et pour l'application de la convention diplomatique ».

N° 4. — *Traité franco-suisse*. — Quant au traité franco-suisse, son application journalière a donné lieu à une jurisprudence si épaisse qu'elle est quelque peu confuse, d'autant plus que son interprétation a suscité d'assez graves divergences sur plusieurs points entre la Cour de cassation et le tribunal fédéral suisse.

Parmi les espèces où les tribunaux se sont vus dans l'obligation de déterminer le domicile de certaines personnes afin d'appliquer le traité de 1869, nous en avons relevé sept. La première est celle dont nous avons déjà parlé, le jugement de Rennes du 21 août 1871 (2) dans l'affaire Peeroud (3). On sait qu'à cette occasion le tribunal a pris soin de justifier sa décision tant du point de vue de la loi vaudoise que du point de vue de la loi française.

Un arrêt de la Chambre des requêtes en date du

(1) D. 1911, 2, 130.

(2) Rapporté sous Cassation, 3 juin 1874, S. 1875, 1, 245.

(3) Cf. chap. II, section II, p. 68.

1^{er} juillet 1878, rendu au rapport de Demangeat (1) contient ce bref attendu : « Attendu qu'il est constaté en fait que les époux Beuveguen se sont mariés au Havre en 1834 et qu'ils n'ont pas cessé d'y résider, d'où il suit qu'ils doivent être considérés comme y ayant leur domicile » ; on ne saurait donc affirmer que la Cour ait même soupçonné le conflit de lois que nous étudions.

Un peu plus tard, assigné en divorce par sa femme, un sieur Crauzaz prétendit écarter l'application du traité franco-suisse en prétendant notamment qu'il n'était pas domicilié en France ; la Cour de Paris lui répondit le 29 mars 1898 (2) « considérant qu'il est inexact de la part de Crauzaz de soutenir qu'il n'est pas domicilié en France » appuyant cette affirmation sur des considérations de fait évidentes et nullement sur un principe juridique de détermination du domicile ; Crauzaz d'ailleurs n'avait pas eu l'idée de porter la question sur ce terrain, et sa manœuvre était purement dilatoire.

Pareillement le 8 février 1906 le tribunal de la Seine, dont le jugement fut confirmé par adoption de motifs le 15 novembre suivant (3) décida : « Qu'au surplus ni la demoiselle Stéphanie, ni la société de la Revue Maurice n'ont de domicile ni d'établissement commercial en France » sans en donner d'explication juridique tant les faits étaient évidents.

Le 1^{er} février 1909 (4) la Cour d'Alger se trouva en face de la même difficulté qu'elle résolut ainsi : « Attendu qu'il n'y a pas lieu de s'arrêter davantage à l'objection tirée par Bosshardt de ce qu'il n'aurait pas son domicile en France aux termes de l'article 13 C. c., objection retenue à tort par le jugement dont est appel », mais cette fois la Cour étaya son opinion par un argument tiré de l'article 2 du traité, lequel « assimile expressément l'établissement du sujet suisse en France au domicile ». il semble donc qu'ici la Cour a aperçu la difficulté et a

(1) D. 1880, 1, 12, note 1, S. 1888, 1, 94.

(2) S. 1898, 2, 240, D. 1898, 2, 269, Clunet, 1898, p. 1060.

(3) Clunet, 1907, p. 358.

(4) D. 1909, 2, 251 ; S. 1911, 2, 1.

eu recours pour la résoudre aux éclaircissements que le traité lui-même pouvait lui fournir.

Dans une espèce analogue, la même Cour a adopté le 6 avril 1911 (1) la même solution inspirée des mêmes motifs. Enfin un arrêt de Cassation rendu à propos du traité franco-suisse le 22 juin 1927 (2) dans l'affaire Graffenried-Villars, constate, sans commentaires, « que les époux, sujets suisses, ont leur domicile en France, à Compiègne ».

Une seule chose résulte clairement de ces décisions : le domicile exigé par la convention n'est en aucun cas un domicile autorisé. Là-dessus les auteurs sont d'accord avec la jurisprudence : Aubry et Rau (3) ; Demolombe, Baudry et Houques (4) ; Weiss (5) ; Despagnet (6) ; Surville et Arthuys (7) ; Audinet (8) ; Cassation, 19 mars 1872, 7 juillet 1874, 28 juillet 1902. L'accord franco-suisse a donc changé quelque chose à la notion française ordinaire et légale du domicile des étrangers ; n'est-ce pas la preuve que les tribunaux admettent que la convention a introduit une notion nouvelle, fruit de concessions réciproques, et qu'ils appliquent tacitement comme étant la seule logiquement compétente ? Du reste, on peut dire que c'est dans le traité lui-même qu'ils ont puisé cette notion, car il met en maint endroit sur un pied d'égalité le domicile et le simple établissement.

On peut d'ailleurs se demander si la difficulté ne pouvait pas être résolue d'une autre façon, et c'est ce qu'ont compris un certain nombre de décisions judiciaires. L'écueil que constituait la définition du domicile n'était pas passé inaperçu ; à la session de 1878 de la Société suisse des Juristes, M. Köenig avait remarqué : « autant et aussi longtemps qu'on ne se sera pas entendu entre les deux pays sur ce qu'il faut entendre par domicile,

(1) S. 1913, 1, 275.

(2) Clunet, 1928, p. 380.

(3) 5^e éd., I, § 141, note 5 *in fine*, p. 884.

(4) Personnes, II, § 1021.

(5) II, p. 370 et V, p. 364.

(6) § 867.

(7) § 127.

(8) § 231.

et à quels signes certains on le distinguera d'une simple résidence, il ne sera pas possible de faire prévaloir en matière de succession la compétence du juge du domicile » (1). M. Köenig se rendait compte de la nécessité d'une notion commune du domicile dans l'application du traité ; au contraire, Bard, qui prévoit aussi cette difficulté, n'y voit qu'une appréciation de fait, « car les tribunaux doivent déterminer le domicile de l'individu d'après sa loi nationale », grave erreur, d'autant plus que cet auteur ne justifie nullement son opinion et se contente d'invoquer le jugement de Rennes du 21 août 1871 que nous interprétons, on le sait, d'une manière différente.

Quoiqu'il en soit, les auteurs du traité ont évité de se référer au domicile, ils ont même employé fort peu cette expression, ils ont posé en principe la compétence des « juges naturels du défendeur ». Ces termes se retrouvent identiques dans les conventions précédentes de 1828, de 1803 et même de 1715 (art. 15). On les a traditionnellement interprétés comme désignant les juges du domicile du défendeur (2) et le Message Fédéral dit à ce sujet précis : « Il résulte de ce principe que les créances personnelles, même non litigieuses, doivent être réalisées, soit poursuivies au for du domicile du débiteur si le traité ne stipule pas un autre lieu pour l'accomplissement de l'obligation » (3). Un des plus savants commentateurs, Roguin, dit aussi (4) : « Les juges naturels sont

(1) BARD, p. 130.

(2) AUJAY, § 297 ; BROCHER, p. 20 ; CURTI, p. 10 ; LEHR, p. 6 ; MARTIN, p. 12 ; WEISS, V, p. 164 ; VINCENT, § 9 ; NAQUET, note sous Cassation, 18 novembre 1903, S. 1905, 1, 263 ; ROGUIN, Clunet, 1887, p. 561. — Lyon, 25 juillet 1874, D. 1876, 2, 125 ; Seine, 1^{er} août 1875 (Clunet, 1876 p. 187) ; Cassation, 11 juin 1879, S. 1880, 1, 33 ; Annecy, 25 avril 1884, Clunet 1885, p. 430 ; Marseille, 21 avril 1885, *Revue inter. Dr. maritime*, 1885-1886, p. 231 ; Paris, 30 juin 1888, le Droit, 27 octobre 1888 ; Chambéry, 19 novembre 1891, Clunet, 1892, p. 656 ; Besançon, 5 mars 1902, D. 1903, 2, 22 ; Seine, 21 mai 1909, Clunet, 1911, p. 542 ; Genève, 16 mai 1889, *Sem. jur.*, 8 juillet 1889 ; Genève, 21 février 1891, Clunet, 1891, p. 618 ; Tribunal fédéral suisse, 17 janvier 1894, Clunet, 1894, p. 1093 ; Meaux, 11 mai 1928, Clunet, 1929, p. 651. — Adde : CAPITANT (Maurice), p. 121.

(3) BARD, p. 27.

(4) § 506, p. 651.

exclusivement ceux du domicile, sauf les exceptions formelles du traité ». C'est du reste ainsi que la jurisprudence l'a entendu, puisqu'elle parle de compétence des juges du domicile comme d'une chose naturelle et indiscutable (1). La Cour de Schaffouse ayant décidé que : « il est faux, comme le prétend le tribunal de première instance, que le juge naturel garanti au défendeur par l'article 1^{er} du traité, soit celui du domicile », ayant pensé que c'était au législateur national de « désigner le juge naturel pour certaines catégories spéciales d'actions », fut très vivement reprise par le Tribunal Fédéral. Dans son arrêt du 17 décembre 1914 (2), ce dernier affirma : « Le traité ne parle pas du juge naturel en général, mais du juge naturel du défendeur. Conformément au langage courant *et à l'historique du traité*, on doit entendre par là le juge du domicile du défendeur. La jurisprudence et la doctrine, en France et en Suisse, sont par conséquent d'accord pour donner à la disposition en question une pareille interprétation. S'il subsistait encore un doute à cet égard, il serait effacé par la disposition de l'article 1^{er}, alinéa 1, phrase 2. Cette disposition permet exceptionnellement d'intenter l'action au for du domicile du demandeur, si le défendeur, Suisse ou Français, n'a pas de domicile ou de résidence connus en France ou en Suisse. Il en résulte indiscutablement que si le domicile ou la résidence sont donnés ou connus, le for est ainsi déterminé ».

Cependant, le 18 novembre 1903, la Chambre civile de la Cour de cassation avait donné une autre définition (3) et a vu dans les juges naturels du défendeur « la juridiction dont le défendeur est justiciable en vertu des lois de son pays ». A l'appui de cette thèse, Naquet a fait remarquer en note que : « considérer comme les juges naturels des défendeurs suisses des juges qui ne sont pas compétents d'après la loi suisse, c'est *contredire*

(1) Cassation, 1^{er} juillet 1878, D. 1880, 1, 12, note 1, S. 1888, 2, 24 ; Paris, 15 novembre 1906, Clunet, 1907, p. 358 ; Cassation, 22 juin 1927, Clunet, 1928, p. 380, pour ne citer que les plus importants.

(2) Clunet, 1916, p. 661.

(3) S. 1905, 1, 265.

l'esprit autant que la lettre de la convention de 1869 ». Le 12 août 1908 (1), la Cour de Grenoble reprenait mot pour mot la même définition de l'expression contestée, et c'est elle encore qu'adopte Bard dans sa thèse, car il croit que (2) « cela devait être l'opinion des rédacteurs » (3). Or, si l'on admet cette dernière interprétation, le tribunal n'aura à déterminer le domicile que parce que la loi nationale du défendeur lui aura attribué une compétence juridictionnelle ; ce sera donc bien évidemment selon cette dernière et selon elle seule que cette recherche pourra se faire ; le conflit de lois sur la détermination du domicile sera ainsi résolu ou plutôt éludé.

Nous ne prenons pas parti entre ces deux interprétations des mots « juges naturels du défendeur ». En effet, d'un côté comme de l'autre, on l'a vu par les textes que nous avons cités, on se recommande de la méthode que nous préconisons : recherche de la commune intention des Hautes parties Contractantes. Nous dirons cependant que si l'opinion de Bard et de la Chambre civile a l'avantage de tourner la difficulté par un véritable renvoi, l'opinion du Tribunal Fédéral suisse et de tous les commentateurs du traité paraît par contre reposer sur une argumentation plus solide.

Il nous reste à constater que lorsqu'il s'est agi de définir la résidence visée à la même convention, article 1^{er}, alinéa 2, la jurisprudence a suivi la même voie et a trouvé la définition de cette résidence dans le protocole annexé au traité : Chambéry, 27 mars 1911 (4) ; Tribunal Fédéral suisse, 28 mars 1912 (5) ; Paris, 10 mars 1923 (6). A vrai dire, les détails très complets que les auteurs du traité donnaient sur la résidence dans ce protocole ne s'appliquaient qu'à la controverse relative au *forum contractus*, mais les tribunaux ont généralisé ce sens. Le

(1) S. 1909, 2, 175.

(2) P. 27 et ss.

(3) Mais M. BARTIN (*Principes*, I, § 157, p. 391) combat énergiquement cette opinion, pour lui les juges naturels sont bien ceux du domicile.

(4) S. 1911, 2, 310.

(5) S. 1912, 4, 31.

(6) S. 1923, 2, 103, Clunet, 1924, p. 395, *Gaz. des trib.*, 14 juillet 1923.

protocole a pareillement servi à la Cour de Lyon le 4 mars 1909 (1) pour interpréter l'article 11 du traité sur la déclaration d'incompétence. Enfin, saisi d'une autre difficulté d'interprétation, le Tribunal Fédéral suisse a énoncé le 27 octobre 1888 (2) les principes applicables tout particulièrement au point que nous étudions : « La commune intention des Etats contractants ne ressortant pas d'une manière indiscutable du texte litigieux, il y a lieu de rechercher cette intention en interprétant la disposition controversée, rapprochée de l'économie générale du traité, et d'examiner les conséquences respectives qu'entraînerait l'adoption de l'une ou l'autre des alternatives en présence ».

Enfin, discutant le point fameux de savoir si les actions d'état sont ou non comprises dans les termes de la convention, la Cour de Paris déclara le 29 mars 1898 : « qu'il résulte des pièces et documents de la cause, que la *pensée des rédacteurs* de la convention n'a jamais été d'exclure de l'application de l'article 1^{er} les contestations qui seraient personnelles sans être mobilières » (3).

On voit donc qu'au sujet de la détermination du domicile pour l'application d'une convention internationale comme dans les trois autres séries d'hypothèses que nous avons précédemment examinées, les tendances de la jurisprudence se rapprochent singulièrement des solutions auxquelles aboutirait notre théorie, et qu'il suffirait que celle-ci soit suffisamment dégagée et nettement appliquée par les tribunaux pour réaliser la mise au point indispensable.

(1) S. 1914, 2, 225.

(2) S. 1889, 4, 15.

(3) D. 1898, 2, 269 ; S. 1898, 2, 240, Clunet, 1898, p. 1060, aff. Crauzaz.

CHAPITRE IV

Application de la règle selon les différentes modalités juridiques du domicile

Nous venons d'envisager dans le chapitre précédent le domicile et sa détermination par rapport aux différents domaines du droit international privé où cette notion peut jouer un rôle. Notre règle est maintenant établie intégralement et définitivement pour toutes les espèces possibles. Cependant on peut concevoir d'autres classifications du domicile, fondées sur des points de vue différents. Nous avons dessein en effet de montrer dans notre seconde partie, par l'examen du système français, qu'aucune législation ne possède une notion unique du domicile, mais une série de notions diverses. Ce qu'on appelle du même nom « domicile » comporte en réalité des éléments différents selon l'institution juridique à laquelle on l'applique. En se plaçant à ce point de vue, on peut procéder à une nouvelle classification du domicile, et distinguer notamment : le domicile politique, le domicile juridictionnel, le domicile successoral, le domicile matrimonial, le domicile commercial, le domicile familial le domicile fiscal, le domicile de secours, le domicile en matière de nationalité, etc... Mais cette classification est susceptible de s'incorporer avec la précédente, et c'est pourquoi nous ne l'étudierons pas ici. Le domicile en matière de nationalité rentre dans le domaine de la nationalité, le domicile politique, le domicile de secours le domicile fiscal, dans celui de la condition des étrangers ; les autres rentrent dans le domaine des conflits de lois ou de juridictions selon qu'ils ont trait à la loi applicable ou au tribunal compétent, il arrive même qu'il y ait, dans ce cas, deux notions du domicile pour la même institution, c'est le cas en droit français pour la matière des successions où les mêmes éléments ne sont pas requis pour le domicile selon qu'il doit déterminer la

dévolution de la succession ou son ouverture. D'autre part, c'est là une classification que l'on peut établir à la suite d'un minutieux examen de la jurisprudence, mais qui n'est que latente et inavouée en principe.

Il est une troisième classification du domicile, patente au contraire, et établie formellement par le texte même des différentes législations, c'est à elle que nous faisons allusion dans ce chapitre. A cause de certaines nécessités juridiques ou pratiques, on distingue dans chaque Etat différentes modalités du domicile : en dehors du « domicile de choix », existent le « domicile de dépendance », appelé généralement « domicile légal », le « domicile élu » dont l'influence s'exerce surtout dans le domaine de la compétence, le « domicile d'origine », si important dans les pays anglo-saxons. Nous ajouterons à ces différentes modalités le domicile « des personnes morales » qui obéit lui aussi à des règles assez particulières.

Si l'on rapproche cette classification de celle que nous avons adoptée, on constate qu'elle peut constituer une subdivision de chacun des domaines que nous avons envisagés : le domicile de dépendance, le domicile élu, le domicile des personnes morales peuvent se présenter éventuellement lors de la détermination du domicile en matière de nationalité comme en matière de condition des étrangers, de conflit de lois ou de conflit de juridictions. Par exemple l'individu qui acquerra la nationalité d'un Etat parce qu'il y possède un domicile pourra être un mineur (c'est même le cas de l'article 8 C. c.) ; les personnes soumises à l'impôt pourront être des personnes morales, des sociétés commerciales ou financières ; le domicile attributif de compétence à l'encontre d'un étranger pourra être un domicile élu ; enfin le domicile du *de cuius* dont la loi régira la dévolution de la succession mobilière pourra être celui d'un incapable ou bien simplement un domicile d'origine (c'est en effet à cette dernière hypothèse que se réduit peut-être le système français en cette matière). De même ces modalités différentes pourront être visées dans une convention internationale.

La question qui se présente à nous est alors la sui-

vante : la règle que nous avons posée dans le chapitre précédent doit-elle s'appliquer indistinctement quelles que soient les modalités du domicile en jeu, ou doit-elle au contraire souffrir quelques exceptions ou restrictions du fait de l'une ou de l'autre de ces modalités ? Notre réponse sera claire : la règle que nous avons établie doit s'appliquer indistinctement.

Nous avons dit en effet que la loi qui a déterminé les effets du domicile doit en déterminer le lieu, et que c'est à l'autorité qui fait du domicile une condition nécessaire à l'obtention d'un droit ou d'une qualité, ou qui résout par le recours au domicile un conflit de lois ou de juridictions préexistant, qu'il appartient de définir ce qu'elle entend par domicile. Par conséquent, l'autorité en question déterminera le domicile de l'individu en cause d'après son système et sa législation propres, et elle en fixera le lieu en conséquence de la modalité que son système aura choisie. Cette solution est d'autant plus évidente que c'est là le principal, pour ne pas dire l'unique intérêt du conflit de lois sur la détermination du domicile. M. de Magalhaes a montré que les différents Etats possédaient à peu de chose près la même notion du domicile de choix ; où la diversité se rencontre, c'est lorsqu'il s'agit des autres modalités du domicile, et c'est alors qu'il importe de savoir quelle loi va déterminer le domicile d'un sujet de droit, dire s'il a ou non un domicile de dépendance et où il se trouve, dire à quelles conditions il a perdu son ancien domicile pour en acquérir un nouveau, etc... Encore une fois nous avons établi précédemment quelle était l'autorité qui devait déterminer le domicile et nous avons justifié longuement notre opinion ; nous nous refusons à restreindre maintenant par une voie détournée les pouvoirs que nous avons donnés à cette autorité, et que nous lui avons même donnés dans ce but précis. Qu'elle se contente du domicile d'origine, d'un domicile de dépendance ou d'un domicile élu, c'est à elle de le dire ; le pouvoir qu'on lui a reconnu lui permet de choisir la modalité qu'elle veut et on doit la suivre dans son choix. On ne peut logiquement concevoir une autre solution.

C'est ce que nous allons préciser en envisageant rapidement dans autant de sections différentes : le domicile d'origine, le domicile élu, le domicile de dépendance et le domicile des personnes morales.

SECTION I

Le domicile d'origine

Nous serons particulièrement bref en ce qui concerne le domicile d'origine. Nous venons de signaler plus haut un des cas assez rares où le domicile d'origine peut jouer un rôle. Le système français de droit international privé fait régir par la loi du domicile la dévolution de la succession mobilière : mais lorsque le *de cuius*, sujet étranger, ne possédait pas en France de domicile autorisé (avant la loi du 10 août 1927) le tribunal appliquait à la succession mobilière la loi nationale du défunt. Certains auteurs expliquent cette solution en disant qu'à défaut de domicile autorisé la jurisprudence applique la loi du domicile d'origine. Nous n'y voyons pas d'inconvénient, mais, dans ce cas, pour être logiques avec eux-mêmes, les tribunaux devraient pousser plus avant leurs recherches. En effet, à défaut d'indication contraire dans les textes postérieurs qui ne l'ont jamais employée, la notion du domicile d'origine doit être restée ce qu'elle était sous l'ancien droit. Or, rappelons que d'après la définition très juste de Boullenois, le domicile d'origine d'un individu n'est pas du tout, comme on serait tenté de le croire, le lieu où cet individu a vu le jour, mais bien le domicile réel de ses parents au moment de sa naissance (1). Le recours au domicile d'origine n'a donc pas pour résultat de simplifier les choses en s'en remettant à une notion stable et presque matérielle, mais uniquement de déplacer la recherche du domicile et le conflit qui en résulte.

M^{me} Grunberg-Vinaver a donné (suivant peut-être

(1) Le tribunal de la Seine a encore appliqué cette notion le 8 janvier 1891, Clunet, 1891, p. 962 au domicile d'origine de Smith Homans né à Erié dans l'état de Pensylvanie alors que le domicile ordinaire de ses parents était à New-York.

en cela M. Savatier sur Planiol et Ripert, I, p. 157) une définition du domicile d'origine sensiblement différente de la nôtre ; ce serait « le domicile de l'intéressé au moment où il acquiert le droit d'en avoir un personnel », c'est-à-dire en général celui de ses parents au jour de sa majorité.

Ceci est absolument contraire à la tradition unanime de l'ancien droit. Ce dernier a pris la notion du domicile d'origine dans la loi *adsumptio*, § *libertini*, au Digeste (*ad municipalem*), où il est dit : « *qui originem habet, domicilium et habet, unde infantes statim atque nascuntur habent domicilium* ». D'Argentré sur l'article 458 de la Coutume de Bretagne, et Tronçon sur l'article 360 de la Coutume de Paris, en ont conclu que le domicile d'origine de l'enfant était au lieu du domicile de ses parents à sa naissance. Ferrière, sur l'article 173 de la Coutume de Paris, dit expressément : « Les enfants sont réputés natifs du lieu où leur père avait son domicile lors de leur naissance, quoique nés ailleurs, c'est le sentiment de Bartole, de Paul de Castres et d'autres..., ainsi quoiqu'un enfant soit né en pays étranger où ses père et mère étaient pour quelque affaire, ou *ex causa itineris*, il n'est pas pour cela réputé étranger, parce que le domicile du père est celui des enfants ».

Tous les auteurs de conflits sont de cet avis. Froland le signale simplement (*Mémoires*, p. 1589). Boullenois fait observer (*Dissertations*, p. 61) : « Il faut toujours en revenir aux principes qui font que l'enfant né, ou tenu pour né, dans le lieu du domicile de son père au jour de sa naissance, est soumis à cette loi pour régler son état futur de majeur ou de mineur », et il précisa encore plus tard (*Traité*, I, p. 58) : « Je dis le domicile des père et mère au jour de la naissance pour exclure un lieu de hasard où l'enfant pourrait être né fortuitement ». Enfin Bouhier, pour une fois, est d'accord avec eux : « en observant néanmoins que ce n'est pas toujours la loi du lieu où naît l'enfant qui le lie, mais celle du domicile de son père et de sa mère. Car si le hasard le fait naître dans un lieu différent, en ce cas, par une espèce de fiction, il est censé né au domicile paternel ».

Pillet a tiré de l'ancien droit la même conclusion que nous-même (*Principes*, p. 304, en note) (1).

La conception de l'ancien droit s'explique d'ailleurs par son rôle à cette époque, et l'Angleterre, qui a conservé ce rôle, a conservé également du « domicile of origin » exactement la même notion (M. Lévy-Ullmann à son cours 1930-1931).

Une seconde application du domicile d'origine pourra être la suivante. On sait qu'en France le domicile de choix se conserve en un lieu donné tant qu'il n'a pas été transporté dans un autre lieu, mais il en est autrement dans certains pays, notamment en Angleterre. En droit anglais, il se peut que la personne qui avait en un lieu donné son domicile de choix vienne à le perdre parce tel ou tel des éléments nécessaires de ce domicile fait tout à coup défaut ; tant que cette personne n'aura pas acquis d'après les mêmes règles un autre domicile de choix, elle cessera de posséder le premier et recouvrera son domicile d'origine (2). Il pourra donc arriver que les tribunaux qui recherchent le domicile d'un individu selon le droit anglais (nous avons vu que ce sera en France le cas le plus commun du renvoi) aient à déterminer son domicile d'origine. Il est bien évident que c'est alors le droit anglais qui leur fournira les éléments de cette notion, et nous ne voyons aucune raison valable pour que, parvenus à ce point de leurs recherches, les tribunaux qui auraient fait selon le droit anglais une détermination qui leur était commandée par ce droit, fassent brusquement appel à une législation étrangère, du fait qu'il se révèle que dans l'espèce l'individu n'a d'autre domicile que son domicile d'origine.

Il pourra peut-être se présenter d'autres hypothèses où le domicile d'origine sera en jeu, et que nous n'avons pas prévues ici. Il est bien évident que ce sera toujours l'autorité qui aura introduit le domicile dans la solution de la contestation en cours qui le déterminera à l'aide de

(1) En ce sens également, Savigny, VIII, p. 65.

(2) Sur ce trait très curieux de la notion anglaise, voir en particulier les développements que lui consacre M. Lévy-Ullmann dans son cours de doctorat 1930-1931.

son propre système, qui dira si un domicile d'origine est suffisant et nécessaire et sur quels éléments il repose. Il n'y a donc pour cette première modalité du domicile aucune exception à apporter à la règle que nous avons établie.

Nous n'avons relevé aucune espèce jurisprudentielle ; le conflit de lois sur la détermination du domicile d'origine a passé totalement inaperçu puisqu'il semble même que les tribunaux ont cru que le domicile d'origine était une notion de fait purement matérielle et indiscutable ce qui, nous l'avons vu, est une grave erreur.

SECTION II

Le domicile élu

§ 1. — Hypothèses de conflits de lois sur la détermination du domicile élu.

§ 2. — Jurisprudence sur ce conflit de lois.

Le domicile élu constitue une modalité du domicile dont l'importance est presque exclusivement limitée aux matières de compétence, de procédure, et de formes.

Il est évident que cette modalité ne pourra suffire que si la loi sur l'ordre immédiat de laquelle on recherche le domicile se contente d'un domicile élu pour l'effet qui doit être produit, dans la mesure exacte où elle s'en contente et avec les éléments à l'aide desquelles elle l'apprécie. Quand la loi française décide par exemple que tel droit sera réservé ou telle charge imposée à ceux qui ont à tel endroit un domicile élu, que la loi du domicile élu sera applicable où le tribunal du domicile élu compétent, on ne conçoit pas que ce soit une loi étrangère qui définisse ce domicile, qui dise de quels éléments il se compose et s'il est ou non réalisé. C'est ce que dit expressément Brocher (I. § 81) : « Si le domicile élu est exigé par une loi, il est soumis aux règles de compétence réglant cette loi ». La règle que nous avons établie trouve donc ici encore et ici surtout son application logique et nécessaire.

§ 1. — *Hypothèses de conflits de lois sur la détermination du domicile élu*

La détermination du domicile élu peut se faire dans plusieurs hypothèses. On sait que l'élection peut être légale ou conventionnelle et que dans ce dernier cas elle peut être expresse ou tacite. Les tribunaux français pourront donc avoir à apprécier notamment si l'élection de domicile de l'étranger en France les rend compétents aussi bien d'une compétence générale directe que d'une compétence spéciale directe, soit que cette élection de domicile soit expresse, soit qu'elle soit tacite (1).

En matière de formes, de signification, de procédure on devra parfois vérifier l'élection de domicile imposée aux étrangers comme aux français.

Toujours en matière de compétence directe, dans les cas de quasi-renvoi où le tribunal français recherche s'il n'existe pas à l'étranger un tribunal compétent pour connaître du litige, il pourra arriver que le défendeur excipe d'un domicile élu en pays étranger. Pour savoir si ce domicile est suffisant pour dessaisir les tribunaux français, ces derniers devront examiner la réalité et les effets du domicile prétendu à l'aide de la loi étrangère qui doit les sanctionner. Nous avons déjà montré que c'était l'évidence même.

Il en sera de même en matière de vérification de la compétence spéciale indirecte du tribunal du pays d'origine par le tribunal du pays d'importation.

Enfin, l'élection de domicile pourra être prévue dans une convention internationale qui lui aura attribué certains effets. Il conviendra alors pour déterminer ce domicile élu de suivre les règles d'interprétation que nous avons données précédemment.

En un mot, il n'y a lieu d'établir aucune exception à notre théorie pour cette modalité du domicile.

(1) Certains auteurs et certains arrêts ont estimé en effet que le fait de vivre en France d'une manière habituelle équivalait à une élection tacite de domicile qui rendait les tribunaux français compétents généralement entre étrangers.

§ 2. — *Attitude de la jurisprudence sur ce conflit*

Si nous examinons la jurisprudence, nous n'y trouvons rien qui puisse infirmer ce dernier point.

Le 23 mai 1887 (1) la Cour d'Aix s'est jugée compétente pour connaître d'une séparation de biens entre époux étrangers ayant estimée que c'était là une difficulté touchant à l'exécution du contrat de mariage passé devant un notaire français et valant élection de domicile spécial. Le 29 juillet 1890 (2) la Chambre des Requêtes réglant de juges dans l'affaire Sobolewski, jugea que ces époux étrangers possédaient un domicile élu à Arcachon où pouvait par conséquent les assigner l'entrepreneur avec lequel ils avaient traité, cela bien évidemment selon la loi française seule applicable aux conflits de juridictions. Il est d'ailleurs notable que cette jurisprudence considère l'élection de domicile, même tacite, comme établissant une exception au principe traditionnel de l'incompétence des tribunaux français pour juger les contestations entre étrangers.

De même, plus récemment, un sieur Dulac assigna devant le tribunal résidentiel de Dalat son adversaire O' Neill qui avait élu domicile en cette ville dans un acte de procédure ; la Cour de Saïgon le 8 juillet 1927 (3) refusa de voir une élection de domicile dans cet acte « considérant que l'élection de domicile, constituant une abdication de droits, doit être formellement exprimée sans pouvoir se déduire du seul choix d'un mandataire ». Mais elle se reconnut cependant compétente par suite du domicile de fait de O' Neill à Dalat.

L'élection du domicile mentionné dans l'art. 3 de la convention franco-suisse de 1869 a donné lieu à une jurisprudence assez abondante. Confirmant un arrêt de Besançon du 5 mars 1902 (4), la Chambre civile de la

(1) S. 1888, 2, 104, aff. Botoek.

(2) D. 1891, 1, 16 ; S. 1891, 5, 252.

(3) Clunet, 1928, p. 1048.

(4) D. 1903, 2, 22.

Cour de Cassation décida le 18 novembre 1903 (1) que « l'élection de domicile ainsi mentionnée... doit avoir été stipulée et ne saurait simplement ressortir d'une disposition particulière à la législation de l'une ou de l'autre des parties contractantes ». Ainsi l'élection de domicile tacite sur laquelle repose l'art. 420 Proc. ne saurait être celle prévue au traité franco-suisse. Suivant cette jurisprudence, la Cour de Grenoble se refusa le 12 août 1908 (2) à voir une élection de domicile dans une clause imprimée attributive de compétence figurant sur les lettres d'un commerçant. Cependant dans des circonstances analogues (clause attributive de compétence figurant sur une lettre du demandeur, mais signée par le défendeur), la Cour de Rouen jugea le 15 novembre 1922 (3) que « rien dans la teneur et l'économie du traité ne permet de dire que l'élection de domicile doive être expresse ; la volonté des parties est avant tout à considérer, elle peut s'inférer des circonstances de la cause, et l'on peut en déduire une élection de domicile tacite ». Les termes de cette décision plus encore que ceux des autres semblent indiquer que la Cour a bien appliqué nos principes en matière d'interprétation d'un traité international pour la détermination du domicile élu. Le Tribunal fédéral suisse le 25 mai 1923 (4) a vu une élection de domicile tacite répondant à l'art. 8 du traité dans le fait pour le défendeur de discuter au fond devant le juge saisi du litige sans soulever l'exception d'incompétence.

SECTION III

Le domicile de dépendance

- § 1. — Le domicile de dépendance en droit français ; fondement dispositions différentes dans les législations étrangères.
 § 2. — Faut-il établir une exception à la règle générale ?
 § 3. — Examen de la jurisprudence : n° 1. Domicile des mineurs (jurisprudence française, jurisprudence étrangère) ; n° 2. Domicile de la femme mariée ; n° 3. Domicile des domestiques.

(1) S. 1905, 1, 265.

(2) S. 1909, 2, 175.

(3) S. 1924, 2, 51.

(4) Clunet, 1926, p. 802.

§ 1. — *Le domicile de dépendance en droit français*

Il est certaines personnes auxquelles la loi refuse le droit de posséder un domicile de choix et auxquelles elle assigne elle-même un domicile obligatoire. En droit français en particulier, l'art. 108 du Code civil décide que la femme mariée n'a point d'autre domicile que celui de son mari, que le mineur non émancipé aura le sien chez ses père et mère ou tuteur ; que le majeur interdit aura le sien chez son tuteur. L'art. 109 prévoit de même que les domestiques ou employés qui demeurent avec leurs maîtres dans la même maison auront le même domicile que lui (1). Enfin l'article 107 déclare que l'acceptation de fonctions conférées à vie emportera translation immédiate du domicile du fonctionnaire dans le lieu où il doit exercer ces fonctions. La raison d'être de ces prescriptions légales est, à notre avis, la suivante : il est normal que toutes ces personnes aient leur principal établissement au lieu où la loi fixe leur domicile (2), la loi en présume donc l'existence en ce lieu.

Mais cette présomption revêt un caractère irréfragable parce qu'il serait contraire au bon ordre des choses qu'il en fût autrement : femmes mariées, mineurs, interdits, domestiques et même fonctionnaires sont dans un lien de sujétion vis à vis de certaines personnes ou de certains lieux, qui justifie pleinement les dispositions du Code. Mais nous n'allons pas jusqu'à dire cependant qu'il y ait là une question d'ordre public, et nos tribunaux peuvent très bien décider qu'un fonctionnaire, un interdit, un domestique, une femme mariée ou peut-être même un mineur, possède un domicile de choix ; qu'inversement une femme séparée de corps, un mineur émancipé, ou toute autre personne a un domicile de dépendance du

(1) Il est curieux de constater que l'ancien droit ne domiciliait pas obligatoirement les domestiques chez leur maître, bien au contraire (Grand'Chambre, 13 août 1763, aff. Sautereau, Denisart, supplément, III, p. 337).

(2) Cf. trib. Mouricault au Corps législatif le 18 vendémiaire, an XI et le trib. N... le 23 ventôse, an XI, au corps législatif. En ce sens également : BERTAULD, n° 9 *quater*.

moment qu'ils déterminent le domicile d'après une loi étrangère dont telles sont les dispositions. Peut-être pourra-t-il arriver que la législation applicable heurte tout de même l'ordre public français, mais il faudra que l'on soit en présence de dispositions réellement subversives et non simplement différentes de celles du Code civil.

En effet, les différentes législations existantes, si elles contiennent des dispositions analogues, n'en contiennent pas d'identiques ; il y a même sur ce point de sérieuses dissemblances (elles portent en particulier sur le domicile de la femme séparée de corps et de l'interdit ; d'autre part le domicile de dépendance des domestiques n'existe, pensons-nous, qu'en droit français). Par suite, c'est en cette matière plus qu'en aucune autre que se révèle, nous l'avons dit, l'importance du conflit des lois sur le domicile ; c'est ici que notre règle trouve son utilité fondamentale ; cette modalité du domicile va-t-elle cependant nous contraindre à y apporter une exception ?

§ 2. — *Faut-il apporter une exception à la règle ?*

Nous nous étendrons particulièrement sur cette section troisième parce que les auteurs de droit international privé qui ont formulé des théories sur la solution du conflit de lois que nous étudions ont presque tous cru nécessaire d'apporter une exception à leur doctrine au sujet de cette modalité du domicile. Loiseau déclare que « c'est à la loi qui régit le statut personnel des incapables qu'il appartiendra de dire où est leur domicile ». Arminjon dit de même (1) : « Cette sorte de domicile est un accessoire de la puissance paternelle, de la tutelle ou de la curatelle, un moyen d'en assurer l'exercice ; il doit donc être régi par la même loi ». M. de Magalhaes vante la prééminence du domicile légal et propose : « Quand un individu aura, suivant la législation d'un état son domicile volontaire dans ce même Etat et aura dans un autre Etat, en vertu de la législation de ce dernier son domi-

(1) II, p. 30 et ss.

cile légal, c'est le domicile légal qui prévaudra ». Brocher (1) se tient dans une position intermédiaire : « c'est d'après leur loi nationale que devra être constatée la qualité de femme mariée, de mineur non émancipé, de majeur interdit ou non et de tuteur », mais une fois cette qualité établie, c'est la loi compétente (pour Brocher la loi territoriale) qui décide chez qui la personne affectée de cette qualité sera domiciliée ». Fiore range le domicile de dépendance dans le statut personnel : « Quand il s'agit de fixer le domicile légal, il faut se reporter à la loi à laquelle la personne doit être soumise, pour décider quel est, dans les cas qui y sont prévus, le domicile de la personne » (2). Mais un peu plus loin : « Il faut toujours se référer à la loi du pays dont on veut attribuer le domicile au mineur pour déterminer les conséquences du changement de domicile du tuteur à l'égard du mineur et à l'égard du majeur interdit ». De même, s'il affirme à propos du changement de domicile : « il faut se reporter à la loi personnelle pour savoir si quelqu'un a cette capacité ou bien se trouve à cet égard soumis à la volonté d'une autre personne » ; il dit un peu plus loin, à propos de la preuve du domicile : « à l'égard des moyens de preuve (éléments du domicile général ou présomption de domicile légal) il faut se reporter à la loi du pays à l'égard duquel la personne ou les intéressés entendent faire la preuve du domicile ». La doctrine de Fiore, sur ce point est donc assez confuse et cela montre bien dans quelles incertitudes cette question délicate a plongé les auteurs.

Quant à nous, nous remarquons simplement que, mis en présence de difficultés auxquelles pouvait donner lieu la détermination du domicile par suite de la contradiction des législations, nous avons pris la peine de dégager une théorie juridique qui nous permette de résoudre ce conflit ; or voici le moment où cette théorie doit révéler son utilité, il n'y a aucune raison pour l'écarter à un moment aussi peu opportun.

(1) I, p. 254, § 79. Cette opinion est partagée par Bennét, p. 175, note 1.

(2) Trad. Antoine, § 411, I, p. 475.

C'est ce qu'ont compris M. M. Pillet et Niboyet (1) et M. Niboyet (2) qui maintiennent même en ce cas la prééminence de la *lex fori*. Ils assurent d'ailleurs que cette solution prévaut en France (3).

En effet, pour confier au statut personnel d'une personne le soin de décider si elle est affectée d'un domicile de dépendance, il faut voir dans ce domicile une matière de capacité. Or nous ne pensons pas qu'il en soit ainsi.

Nous ne voyons pas dans le domicile assigné par la loi une incapacité personnelle de l'individu, mais une présomption légale fondée sur un lieu de dépendance et sur une communauté d'habitation et de vie, un simple moyen de classification. Le domicile volontaire n'est lui-même d'ailleurs qu'une présomption : celle que l'individu est toujours présent en tel lieu. Nous ne reconnaissons pas le prétendu droit au domicile dont ont parlé certains auteurs et certains arrêts et qui n'est sanctionné par aucune action, nous ne lui voyons aucune place dans la classification des droits, pas plus que le droit à la nationalité, par exemple. Comme la nationalité, il domine et régularise l'activité juridique plus qu'il n'en fait partie.

Le fait que le domicile de dépendance pèse principalement sur des personnes affectées d'une incapacité juridique générale ne doit pas faire illusion. Cette coïncidence vient de ce que la base sur laquelle repose la présomption légale de domicile fait également partie des motifs qui ont inspiré au législateur les restrictions bien connues à la capacité des mineurs et des femmes mariées. Mais cette coïncidence n'est ni parfaite ni obligatoire. Des personnes à capacité limitée, telles que le mineur émancipé, la femme séparée de corps ou même en instance de divorce, peuvent posséder un domicile de choix ; par contre des personnes dont la capacité juridique est pleine et entière, les fonctionnaires à vie et les gens de maison sont pourvus par la loi d'un domicile obligatoire.

(1) P. 533.

(2) *Manuel*, 2^e éd., chap. V, section, 2, 3^o.

(3) Requête, 21 juin 1865 (S. 1865, 1, 313) ; Colmar, 14 janvier 1925 (Clunet, 1925, p. 1044) de même dans le conflit interprovincial : Civ.,

Faire entrer le domicile du domestique dans son statut personnel a toujours paru exagéré même aux partisans de la théorie que nous combattons qui se sont toujours bornés à prendre comme exemple le domicile de la femme ou du mineur, mais le domicile de dépendance possède la même nature, procède des mêmes idées, est établi de la même façon, produit les mêmes effets dans un cas comme dans l'autre, et le domicile des incapables ne rentre pas plus dans leur statut personnel que ne rentre dans le sien celui du domestique ou du fonctionnaire.

Mais ce qui montre davantage encore que la détermination du domicile de dépendance ne saurait être soumise à une autre loi que celle que nous préconisons, c'est le raisonnement qui sert de base à la théorie que nous avons soutenu au long du chapitre précédent, à savoir que toute autre solution aurait pour résultat d'abandonner à une souveraineté étrangère le soin de faire des règles de droit international privé et de les appliquer dans le ressort de la *lex fori* sans l'autorisation et même contre le gré de cette dernière. Or une loi étrangère peut bien déterminer le domicile, mais elle ne peut le faire qu'avec le consentement de la *lex fori*, et le fait que son statut personnel dote un individu d'un domicile de dépendance ne suffit aucunement pour que la *lex fori* ou la loi que celle-ci a désignée s'incline devant la loi qui régit le statut personnel. Nous estimons donc qu'il n'y a pas lieu d'établir une exception à la règle que nous avons formulée, pour cette modalité du domicile non plus que pour les précédentes.

§ 3. — *Examen de la jurisprudence*

Examinons quelles sont les tendances de la jurisprudence en vue de la détermination de cette modalité. Les arrêts que nous avons relevés sont relatifs au domicile de dépendance du mineur, de la femme mariée et du domestique.

30 mars 1926, *Gaz. Pal.*, 1926, 2, 71, et à l'étranger : Bruxelles, 16 juin 1926 (*Pasicrisie*, 113, 2, 97) ; Haute Cour des Pays-Bas (*Clunet*, 1921, p. 631) dont nous parlerons tout à l'heure.

N° 1. — *Domicile du mineur.* — Au sujet du domicile du mineur, le premier arrêt que nous avons rencontré est un arrêt de Bastia du 8 décembre 1863 (1) qui s'exprime ainsi : « Considérant que la mineure Catherine da Costa ne peut avoir, en l'état, d'autre nationalité ni d'autre domicile que celui de son père ; considérant en effet que d'après les principes généraux du droit international, tout ce qui tient aux tutelles dépend du statut personnel, lequel statut suit en tout lieu la personne et continue de la régir même en pays étranger ; et, par une conséquence toute naturelle, toutes les questions qui se rattachent à ce statut personnel ne peuvent être soumises qu'aux tribunaux du pays où il est en vigueur et dans lequel l'individu a conservé son domicile légal ». On voit quelle singulière doctrine, courante d'ailleurs à cette époque professait la Cour de Bastia en ce qui concerne la corrélation de la loi applicable et du tribunal compétent ; sur la question qui nous occupe, elle n'a pas précisé selon quelle loi elle déterminait le domicile de la mineure ; il semble cependant que ce soit selon la loi française, par suite de l'assimilation des mineurs étrangers aux mineurs français et de l'application à ceux-là des règles de compétence qui régissent ceux-ci.

Le 29 juillet 1872, la Cour de Paris eut à statuer sur la succession de la mineure Morand, prédécédée à ses parents en 1855. Le père de l'enfant, J. B. Morand était né le 2 floréal an VIII à Mègeve qui, depuis ce temps était passé successivement de la France à la Sardaigne, puis de nouveau à la France ; il avait épousé une sarde, et tous deux avaient, depuis leur mariage, fait le commerce à Paris où ils étaient morts. La Cour décida de la façon suivante au sujet du domicile de la *de cujus* (2) ; « Considérant qu'on ne peut attribuer à la mineure Morand un domicile en France au moment de son décès arrivé le 4 juin 1855 ; qu'elle ne pouvait comme mineure avoir un domicile autre que celui de son père et que, par ce qui a été dit ci-dessus, elle avait le domicile que celui-ci avait conservé, à savoir son pays natal ». Ayant ainsi jugé que le

(1) D. 1864, 2, 1.

(2) D. 1872, 2, 223 ; S. 1873, 2, 148, Clunet, 1874, p. 122.

domicile de l'enfant était en Sardaigne, où elle n'était d'ailleurs jamais allée, la Cour appliqua à la dévolution de sa succession mobilière la loi sarde qui était en vigueur à Mégève au moment du décès. Toujours aucun renseignement sur la loi qui a présidé à la détermination du domicile, la similitude des législations française et sarde laisse un doute, mais l'assurance du tribunal semble montrer qu'il n'a eu en vue que la *lex fori*.

Le 14 mars 1874, la Cour de Pau rendit le premier des arrêts intervenus dans l'affaire Forgo (1). Elle attribuait la succession litigieuse à l'administration des domaines en suivant la loi française, loi du domicile réel de *de cujus* (c'est pourquoi la Cour Suprême a cassé cet arrêt), mais aussi, argument qui fut repris par la Cour de Toulouse, en prétendant que Forgo ayant acquis son domicile en France à titre légal alors qu'il était mineur, l'avait conservé avec ce même titre légal jusqu'à sa mort. Nous avons déjà fait justice de cet argument. Mais il est intéressant de constater comment la Cour de Pau a déterminé le domicile du mineur Forgo. Elle s'exprime ainsi : « Attendu en fait qu'aux termes de la loi bavaroise comme aux termes de la loi française, le mineur a son domicile chez ses père et mère ou tuteur ; qu'il ne paraît d'ailleurs pas que la loi bavaroise interdise à ses nationaux d'établir un domicile légal à l'étranger ». La Cour a donc aperçu le conflit qui se présentait, et elle a cru écarter toute chance d'erreur en constatant la similitude des deux législations en présence. Il semble néanmoins que ses préférences soient allées à la loi bavaroise, ce qui à notre avis constitue une erreur, étant donné que c'est au regard de la loi française qu'il importait d'établir le domicile de Forgo en France pour l'application des règles françaises de droit international privé sur la dévolution des successions. Si la Cour a consulté la loi bavaroise, loi nationale de Forgo, elle ne pouvait pas négliger la loi française, loi nationale de sa mère tutrice, et si ces deux lois s'étaient trouvées en conflit, il aurait bien fallu faire

(1) Rapporté sous Cassation, 5 mai 1875, D. 1875, 1, 343 ; S. 1875, 1, 409.

prévaloir l'une sur l'autre. C'est là une difficulté à laquelle on s'expose en professant que la matière du domicile de dépendance fait partie du statut personnel.

La même affaire revint le 22 mai 1880 devant la Cour de Toulouse (1). Nous avons déjà analysé cet arrêt (2). Avant de proposer le système du renvoi, la Cour reprit l'argument tiré du domicile légal en France du mineur Forgo lorsque sa mère vint y habiter. Plus encore que dans l'arrêt précédent, il est clair qu'ici c'est la loi bava-roise, la loi de son statut personnel que la Cour a appliqué à la détermination du domicile légal du mineur étranger, mais elle a pris soin d'ajouter : « qu'en supposant même qu'au point de vue du droit bava-rois le fils naturel n'eût pas le même domicile que sa mère, *les principes sur lesquels repose l'organisation de la famille* en France devraient faire repousser la thèse des deux domiciles distincts, que l'art. 108 C. c. s'applique donc au mineur étranger comme au mineur français » ce qui semble bien indiquer que la Cour considère le domicile de dépendance du mineur comme concourant à l'ordre public, appréciation contestable d'ailleurs.

C'est cependant la même appréciation que l'on retrouve dans un jugement du tribunal de la Rochelle du 4 juin 1913 (3) : « Attendu que d'après la loi française (art. 108 C. c.) le mineur a son domicile chez son père, que cette loi, sans être une loi de police et de sûreté, est une loi *d'ordre public* car l'ordre public est intéressé à ce qu'un mineur soit autant que possible sous la garde et la surveillance de son père ». M. Binet dans sa note sous cette décision estime à juste titre que « cette allégation de l'ordre public est fort discutable ».

Dans l'affaire Molist, le tribunal de Carcassonne le 20 juin 1917 (4) décida que pendant sa minorité le demandeur « avait comme domicile le domicile de droit de ses parents domiciliés de fait à Narbonne où ils avaient leur principal établissement » et il semble bien

(1) S. 1880, 2, 294 ; D. 1881, 2, 93.

(2) Chap. II, section II, p. 71.

(3) Sous Poitiers, 14 janvier 1914, D. 1916, 2, 5, aff. Meyer.

(4) Clunet, 1917, p. 1774.

s'être uniquement inspiré en l'espèce des principes français contenus dans l'art. 108 C. c. Il est remarquable cependant qu'en cette affaire le tribunal a fixé le domicile de dépendance du mineur au domicile de fait que ses parents étrangers possédaient en France, et non à leur domicile légal, comme cela avait été décidé dans l'affaire Morand. Il est vrai que la solution adoptée ici permettait d'attribuer la nationalité française à Molist et le rendait par suite coupable du délit de désertion.

Dans une affaire semblable, l'affaire Landeau, le tribunal de la Seine le 20 juin 1918 (1) s'est assez longuement expliqué au sujet du domicile du demandeur pendant sa minorité : « attendu que l'établissement en France des parents du demandeur bien avant sa majorité est un fait certain ; ... que leur fils... doit donc être considéré comme ayant eu à ce moment son domicile avec eux en France... que des séjours dans plusieurs pays différents accomplis manifestement en vue de l'instruction du mineur, ne peuvent pas, quel que soit d'ailleurs le sens que l'on doit attacher au terme domicile dans l'art. 8-4^o, comporter une fixation de domicile en opposition avec le domicile des parents ; qu'en effet, le maintien du domicile des mineurs au domicile paternel est une conséquence naturelle de la dépendance où sont les mineurs et que cette conséquence s'applique même entre enfants de parents étrangers n'ayant en France qu'un domicile de fait ». Il semble qu'il y ait là encore l'affirmation du caractère d'ordre public de l'art. 108 C. c.

Pareillement, toujours dans une affaire analogue, l'affaire Feldstein, la même Chambre du tribunal de la Seine reprit le 12 décembre 1918 (2) à peu près les mêmes termes : « attendu que ce domicile de fait des parents entraînait fixation du même domicile pour leur fils durant toute sa minorité ; que c'est là une conséquence naturelle de la dépendance où sont les mineurs à l'égard de leurs parents, qu'il s'agisse de parents français, ayant un domicile au sens spécial du mot, ou de parents étrangers ayant un simple domicile de fait ».

(1) Clunet, 1918, p. 1219.

(2) Clunet, 1919, p. 331.

En ce qui concerne la jurisprudence étrangère, M. Ni-boyet a signalé une décision de la Haute Cour des Pays-Bas (1). Le tuteur hollandais d'un enfant naturel allemand assignait en pension alimentaire devant le tribunal d'Amsterdam le père présumé de l'enfant. Or, d'après la *lex fori*, les tribunaux hollandais n'étaient compétents que si le mineur avait son domicile sur le territoire car cette action touchait à la tutelle. D'après la loi hollandaise, *lex fori*, le mineur avait son domicile chez son tuteur, donc à Amsterdam ; mais d'après sa loi nationale, loi allemande, ce domicile se trouvait chez sa mère, donc en Hildersheim (Allemagne). La Cour d'appel d'Amsterdam avait jugé que tout ce qui touchait à la tutelle était régi par le statut personnel, en particulier le domicile du mineur ; qu'en conséquence elle était incompétente. La Haute Cour des Pays-Bas rendit alors cet arrêt que nous avons déjà signalé comme l'un des plus nets qui existent à propos du conflit de lois sur la détermination du domicile : « attendu que l'art. 6 de la loi contenant dispositions générales (en France art. 3 C. c.) lequel article concerne aussi les étrangers, touche seulement à la capacité et l'état juridique des personnes, mais ne dispose rien à l'égard du lieu où elles mènent cet état ou exercent cette capacité, et que donc ne peuvent être placés dans le statut personnel ni le domicile qui leur est assigné par leur loi nationale à cause de la diminution de leur capacité, ni le domicile qu'elles choisissent et changent librement ; que d'ailleurs il n'existe au fond aucune différence entre ces deux domiciles ; qu'il est vrai que dans ce cas-ci elles ne sont pas libres dans le choix de leur domicile qui touche donc l'état juridique des personnes et dépend de lui, ainsi que c'est le cas avec les autres effets juridiques de cet état, mais que par là ne fait pas partie du statut personnel ce qui lui est étranger par nature ». En conséquence la Haute Cour applique la *lex fori* et conclut à la compétence des tribunaux hollandais.

La jurisprudence hollandaise s'est sans doute rangée à

(1) Clunet, 1921, p. 631.

cet avis car le 26 octobre 1926 (1), le tribunal d'Amsterdam dans une espèce analogue a refusé de déterminer le domicile du mineur d'après son statut personnel et a énoncé ce principe qui est l'application exacte et la plus explicite de notre théorie : « Cette question doit trouver sa réponse dans la législation qui, au fait d'avoir un domicile, rattache certains effets » ; or, « la compétence du juge hollandais ne peut être régie que par la loi hollandaise, sous réserve des exceptions reconnues en droit des gens, dont il n'est pas question ici ».

Enfin nous avons trouvé un arrêt de la Cour d'appel de Cetté (Allemagne) du 15 novembre 1925 (2). Une allemande avait épousé un officier norvégien. Profitant de ce que cet officier était venu suivre des cours à Hanovre, elle saisit les tribunaux allemands d'une demande en divorce. L'article 601 proc. allemand exige en ce cas que le tribunal saisi soit compétent aussi bien d'après le droit allemand que d'après la loi nationale du mari. Or la loi norvégienne attribue cette compétence aux juges du domicile. Où se trouvait le domicile de l'officier ? Le tribunal a appliqué à cette détermination uniquement la loi allemande, *lex fori*, et non la loi norvégienne qu'elle eut dû logiquement consulter pour être sûre de ne pas la trahir, car il y avait ici un véritable renvoi sur la compétence, aussi net que celui signalé par M. Niboyet. La Cour jugea d'abord que l'officier norvégien avait de par sa fonction un domicile de dépendance, domicile nécessaire en Norvège, mais qu'il pouvait avoir également un domicile à Hanovre, car la loi allemande admet la pluralité des domiciles ». Dans ces circonstances, dit-elle expressément, la Cour n'hésite pas à décider que le mari avait son domicile en Allemagne au *sens du droit allemand* ». Quant au fond de la question qui d'après la loi allemande était régi par la loi nationale du mari, comme la loi norvégienne renvoyait à la loi du domicile et que l'article 27 de la loi d'introduction du Code civil allemand prescrit l'acceptation de ce renvoi, c'est la loi

(1) Clunet, 1928, p. 1293.

(2) Clunet, 1926, p. 461.

allemande que la Cour appliqua. Elle ne prit d'ailleurs pas la peine de faire une seconde recherche du domicile pour ce second renvoi, relatif cette fois-ci à la loi applicable, et appliqua purement et simplement les conclusions de sa première recherche que nous estimons, nous l'avons dit, entachées d'erreur.

N° 2. — *Domicile de la femme mariée.* — Au sujet du domicile de la femme mariée, nous n'avons relevé que trois arrêts où la question fut assez nettement posée. Le premier est la fameuse affaire Bonar-d'Hervas, jugée le 15 mars 1831 (1) par la Cour de Paris, et toute imprégnée encore de l'ancien droit. Il s'agissait de l'incapacité velléienne de la femme d'Hervas, espagnole. La Cour rappela que sous l'ancien droit le changement de domicile pouvait soustraire la femme à cette incapacité, ce qui était en effet exact, bien que controversé, parce qu'il y avait alors changement de statut personnel, mais la Cour eut le tort de transporter cette solution dans le droit nouveau où le changement de domicile était sans influence sur le statut personnel. Quoiqu'il en soit, elle s'attacha à démontrer que le domicile de la dame d'Hervas était en France où le velléien était aboli.

Chose curieuse, elle ne fit aucune allusion au domicile de dépendance, et proclama l'existence d'un domicile de fait en partant du principe du Code civil, lequel n'établit aucune différence entre les étrangers et les régnicoles.

La seconde décision fut rendue dans la curieuse affaire Hael. Le sieur Hael, Français ayant épousé une Française en 1836, partit un beau jour en Amérique en abandonnant sa femme et se fit naturaliser citoyen de Philadelphie. En 1857, il demanda la séparation de corps aux juges d'Arras. Sa femme qui avait pendant ce temps obtenu la séparation de biens, puis avait engagé une instance en séparation de corps devant les mêmes juges, ayant sans doute changé d'avis, excipa de l'incompétence du tribunal, motif pris : 1° de ce qu'il s'agissait d'une contestation entre étrangers ; 2° de ce qu'elle

(1) S. 1831, 2, 237.

n'avait pas d'autre domicile que celui de son mari et que l'action devait par conséquent être intentée devant le tribunal du domicile conjugal, c'est-à-dire à Philadelphie. On conçoit que dans ces circonstances le tribunal d'Arras, puis la Cour de Douai le 3 août 1858 (1) aient rejeté l'exception. La Cour décida tout d'abord que la nationalité américaine ne s'étendait pas à la dame Hauel, la naturalisation n'ayant que des effets personnels, ce qui était exact ; mais elle décida ensuite que la dame Hauel ayant continué de résider en France y avait conservé son domicile, ce qui est assez curieux. M. Le Gentil, qui participa au jugement d'Arras confirmé par la Cour de Douai a expliqué cette décision dans sa note au Sirey sous l'arrêt rapporté : « Perdant par une naturalisation étrangère la qualité de Français, le mari perd également son domicile, donc ce domicile ne peut plus être celui de la femme et pourtant demeurant Française, cette femme doit nécessairement avoir un domicile. Ce domicile est donc alors tout personnel et en dehors de celui du mari ». Nous n'admettons aucune des prémisses de ce raisonnement, nous ne pouvons en accepter la conclusion. Pour l'auteur de la note, les articles 108 et 214 C. c. ne statuent que *de eo quod plerumque fit* pour le cas d'un mari Français, et non pour le cas d'un mari devenu étranger. La Cour rendit alors la décision dont nous avons déjà cité les termes, affirmant : « Que d'une part la perte de la qualité de Français, rend inapplicables désormais au mari les dispositions de la loi française quant au domicile ; de l'autre, l'obligation naturelle et légale imposée à la femme de suivre son mari où il juge à propos de résider n'affecte pas sa qualité de Française, elle demeure justiciable des tribunaux français ». La Cour n'a donc appliqué dans cette affaire ni les principes étrangers, ni les principes français, elle a simplement justifié d'une façon très contestable une solution d'espèce inévitable.

La troisième décision relevée est celle de la Cour de

(1) S. 1858, 2, 513, note de M. Le Gentil.

Rennes dans l'affaire Perroud le 30 avril 1872 (1). La Cour infirma le jugement dont nous avons déjà parlé en affirmant qu'il s'agissait non seulement d'une dissolution de communauté, mais encore d'une succession, laquelle aux termes de l'article 5 du traité franco-suisse s'ouvrait devant le tribunal du domicile d'origine de la défunte. Or, dit la Cour, « la femme acquiert en épousant un Suisse le droit de bourgeoisie que possède son mari, et par suite le même lieu d'origine que lui ». La Cour a-t-elle appliqué la loi française ou la loi vaudoise ? Elle ne l'a pas dit, bien que le tribunal lui ait donné l'éveil sur ce point, et la question est délicate, car il s'agissait d'interpréter le traité de 1869. Peut-être, à notre avis, la loi suisse était-elle la plus indiquée, en tout cas nous ne pensons pas que la loi française sur le domicile d'origine dont nous avons parlé à notre section I puisse légitimer la solution adoptée par la Cour de Rennes qui attribue à une femme mariée, non seulement le domicile général de son mari, mais encore son domicile d'origine.

N° 3. — *Domicile des domestiques.* — Au sujet du domicile de dépendance des domestiques, la Chambre civile de la Cour de cassation a rendu trois arrêts successifs, les 5 mai 1909 (2), 1^{er} avril 1912 (3), 23 avril 1925 (4) par lesquels elle a affirmé que les domestiques français n'avaient leur domicile chez leurs maîtres étrangers que si ces derniers possédaient en France un domicile autorisé. La jurisprudence refuse donc d'appliquer l'article 109 C. c. lorsqu'il conduirait à fixer à l'étranger le domicile du serviteur français, du moins dans la matière où ces trois arrêts ont statué. M. Niboyet dans sa note signale que, sur le terrain du conflit de lois, cette solution ne peut se justifier : « Nous ne trouvons pas plus choquant de domicilier un domestique de droit à l'étranger bien qu'il n'y habite, ni n'y travaille, que de le décider pour tous autres (femmes mariées ou mineurs) ». Il en

(1) Rapportée sous Cassation, 3 juin 1874, S. 1875, 1, 245.

(2) S. 1912, 1, 525, 3^e espèce.

(3) S. 1912, 1, 228.

(4) S. 1927, 1, 57, note de M. Niboyet.

voit l'explication sur le terrain de la condition des étrangers : la jurisprudence, en effet, refuse à l'étranger la jouissance du droit au domicile, et si elle ne veut pas appliquer l'article 109 à la situation en question, c'est pour ne pas être amenée par ricochet à refuser à un Français ce droit d'avoir un domicile en France, droit qui lui appartient par nature.

Si telle était la véritable explication des trois arrêts susvisés, il n'en resterait pas moins qu'ils reposent sur une base inexacte, car nous nous sommes déjà expliqué et nous nous expliquerons encore sur ce prétendu droit au domicile que la jurisprudence consacre, il est vrai, mais que nous nous refusons à reconnaître. De plus, ainsi que M. Niboyet l'a dit lui-même, rien n'empêcherait d'appliquer l'article 109 au domestique français du maître étranger qui ne fait que séjourner en France, et au domestique français du maître français, domicilié à l'étranger. Et l'auteur déclare : « il nous semble vraisemblable que la jurisprudence statuerait dans le sens que nous indiquons ». Nous sommes d'un avis opposé ; nous pensons tout au contraire que les tribunaux écarteraient encore l'application de l'article 109 dans ces deux hypothèses si la question se présentait dans la même matière où elle s'est présentée ces trois fois successives : en matière de domicile électoral. Là se trouve à notre sens la raison pour laquelle la Cour de Cassation a dû écarter l'application de l'article 109 : tout citoyen français en effet a le droit de vote, il l'exerce au lieu de son domicile, mais il ne peut l'exercer qu'en France, par suite appliquer l'article 109 aboutirait à priver de l'exercice de leurs droits civiques tous les Français serviteurs de maîtres étrangers non autorisés à domicile ou de maîtres français domiciliés à l'étranger, alors même que ces domestiques n'auraient jamais quitté la France. Cette solution serait inadmissible, c'est pourquoi la jurisprudence écarte en cette matière l'article 109 pour s'en tenir à l'article 102 ; le Français qui, d'après cet article, a transporté son principal établissement à l'étranger l'a fait volontairement, on peut légitimement préjuger qu'il a fait temporairement le sacrifice de son droit de vote, il

n'en est pas de même du domestique qui n'a pas quitté la France. La présomption irréfragable de l'article 109 devient en cette matière une présomption simple ; et il en serait peut-être de même de celle de l'article 108 si les femmes mariées avaient le droit de vote. En toute autre matière l'article 109 doit s'appliquer comme s'applique l'article 108. Nous ne pensons pas que l'explication donnée par M. Niboyet, à cause précisément de sa haute valeur juridique, soit jamais entrée dans les desseins de la jurisprudence, et nous doutons fort qu'elle consente par exemple, pour obéir à ces principes, à écarter l'application de l'article 108 au sujet du mineur français qu'elle refuserait de domicilier chez son tuteur étranger non admis à domicile.

Quoiqu'il en soit, la jurisprudence a bien, comme nous le désirons, appliqué à la détermination du domicile la loi qui en avait posé l'effet, car c'est bien une notion française que la Cour de cassation a appliquée pour obéir à la loi française, seulement c'est la notion de l'article 102 et non celle de l'article 109.

Pour résumer cette section nous dirons que nous ne voyons pas l'obligation ni l'utilité d'établir pour cette modalité du domicile, d'exception à la règle que nous avons établie. La jurisprudence semble également se ranger à cet avis, bien qu'elle paraisse considérer comme d'ordre public la disposition de l'article 108 qui concerne les mineurs.

SECTION IV

Le domicile des personnes morales

- § 1. — Importance du domicile pour les personnes morales.
- § 2. — Les sociétés ont-elles une nationalité différente de leur domicile ?
- § 3. — Y a-t-il lieu d'établir une exception à la règle générale pour cette modalité du domicile ?
- § 4. — Examen de la jurisprudence.

§ 1. — Importance du domicile pour les personnes morales

Il pourra arriver que les personnes dont il s'agit de déterminer le domicile ne soient pas des personnes phy-

siques, mais de ces sujets de droit, êtres fictifs que l'on nomme personnes morales : associations, sociétés, syndicats, collectivités diverses. Les personnes morales agissent en justice, elles sont donc soumises aux règles de procédure et de compétence, et peuvent soulever les mêmes conflits de juridictions que les personnes physiques.

Si elles ne se marient ni ne meurent (car les règles sur la dissolution de sociétés ne sauraient être rapprochées de celles sur les successions) elles peuvent tout au moins contracter et, à l'occasion de ces contrats, peuvent s'élever des conflits de lois.

Parmi les droits et devoirs que réglemente la condition des étrangers, et où nous avons signalé l'influence importante du domicile, beaucoup sont applicables aux personnes morales : comme les individus elles sont soumises à l'impôt et aux charges territoriales ; comme eux, elles bénéficient des avantages et de la protection que cette autorité accorde aux domiciliés.

Mais il est une matière où le domicile est considérablement plus important pour les personnes morales que pour les personnes physiques, c'est la matière de la nationalité. Les personnes morales qui représentent une unité territoriale, tels que la commune et le département, ne peuvent avoir d'autre nationalité, si tant est qu'il faille leur en attribuer une, que celle de l'Etat dont elles sont une fraction territoriale (1). Mais le problème est surtout important pour les sociétés commerciales, économiques, financières, etc... qui tiennent dans la vie économique une place de jour en jour plus grande, et débordent facilement les frontières nationales. Ces sociétés de toutes sortes et de toutes formes supplantent peu à peu les individus par l'importance des moyens financiers qu'elles seules peuvent mettre en œuvre. Ont-elles une nationalité ?

1) Et pas d'autre domicile non plus (SAVIGNY, VIII, p. 69).

§ 2. — *Les sociétés ont-elles une nationalité différente de leur domicile ?*

Instituer une discussion sur ce point délicat sortirait des limites de notre étude (1). Bien que la loi du 22 novembre 1913 applique le terme de « nationalité » aux sociétés, nous ne pensons pas que les sociétés soient réellement susceptibles de posséder une nationalité.

Elles sont internationales par nature, l'argent n'ayant pas de patrie (2) et la dernière guerre a précisément montré la fragilité de cette notion et l'absence d'un criterium satisfaisant. L'obligation essentielle du national, c'est le loyalisme dont la forme suprême est le service militaire, or, on ne mobilise pas facilement une société. Les sociétés concourent-elles à la prospérité nationale comme le prétendent Chavegrin (3) et Pic (4) ? C'est très douteux (5).

Est-il indispensable qu'un sujet de droit soit doué d'une nationalité ? Nous ne le pensons pas et la Cour de cassation a affirmé que l'heimatlosat est non seulement possible en fait, mais encore acceptable en droit (6). Aux apatrides le domicile tient lieu de nationalité ; les sociétés, si elles ont une nationalité, ne peuvent avoir que celle de leur domicile ; mais à notre avis elles n'ont pas de nationalité, à elles aussi c'est le domicile qui en tient lieu (7). C'est d'ailleurs là l'avis d'éminent auteurs de droit international comme de droit commercial.

« On a, en réalité, dit M. Pillet (8), absolument confondu à l'égard des sociétés les deux notions de nationalité et

(1) Cf. en particulier, les thèses de Méplain, de Pépy, de M. Cuq et de Morel-Fatio, et l'article récent de M. Niboyet (Revue 1927, p. 402).

(2) MÉPLAIN, p. 160.

(3) S. 1888, 2, 89.

(4) Clunet, 1882, p. 582.

(5) PÉPY, p. 118, note 1 ; PILLET, *Personnes morales*, § 112 bis, p. 159.

(6) Requêtes, 15 mars 1922, et 1^{er} août 1922, S. 1922, 1, 105 et S. 1922, 1, 364.

(7) Le seul inconvénient en droit privé, c'est que le défaut de nationalité empêche l'application des articles 14 et 15 C. c. ; en droit public d'autre part les êtres moraux ont besoin d'une nationalité.

(8) *Personnes morales*, p. 123.

de domicile de telle sorte que ce qu'on appelle nationalité des sociétés n'est en réalité qu'une espèce de domicile. Cette nationalité découle de l'établissement de la société dans un lieu déterminé. Il a donc fallu donner ici à la notion de nationalité un sens qu'elle n'a nulle part ailleurs, et qui la rapproche par trop de la notion de domicile ». Tel est également l'avis de Lyon-Caen et Renault (1) et de Thaller qui dit notamment (2)

« Pour une société la nationalité se ramène forcément à une détermination du domicile, les deux thèmes n'en font qu'un ». Cette opinion est partagée encore par de Vareilles-Sommières et par M. Demogue (3). Enfin elle est celle des auteurs qui ont traité la question le plus récemment : « Pour les sociétés, nationalité et domicile sont deux termes indissolublement liés l'un à l'autre » dit M. Pépy (4). M. E. Cuq quoique partisan de la nationalité des sociétés remarque : « Il existe un mode de rattachement à une souveraineté qui a perdu il est vrai le premier rang pour les individus, c'est l'établissement sur le territoire national. Avant la Révolution la souveraineté s'étendait sur tous ceux qui naissaient et habitaient dans le royaume. Pourquoi cette souveraineté ne conserverait-elle pas son empire à l'égard des sociétés ? et le lien juridique qui rattachera la personne morale à l'Etat sera le domicile. Ce lien est de nature assez sérieuse et permanente pour fonder la nationalité » (5).

Nous ne pensons d'ailleurs pas que ce soit la loi de leur domicile qui régit le statut personnel de ces personnes morales. La solution la plus juridique nous paraît être celle adoptée par un grand nombre de traités internationaux récents (6) qui décident tous, à quelques détails

(1) *Droit commercial*, § 1167, p. 577.

(2) *Annales de droit commercial*, 1890, p. 258.

(3) Note sous Lille, 21 mai 1908, S. 1908, 2, 177 où cet auteur critique la théorie française du domicile et en particulier son dogme de l'unité.

(4) P. 18.

(5) P. 35.

(6) Articles 5, 6 et 7 de la convention franco-belge d'établissement du 6 octobre 1927 ; article 25 de la convention franco-canadienne du 15 décembre 1922 ; article 20 de la convention franco-finlandaise du 13 juillet 1921 ; article 17 du traité du 28 juillet 1922 entre la France et le

près, qu'une société légalement constituée dans un des pays contractants, peut exercer dans l'autre son activité juridique avec la capacité et dans les limites réglementées par la loi du pays où elle a vu le jour, sous réserves toutefois de s'y conformer aux lois et règlements de l'autorité territoriale qui mettent en jeu l'ordre public.

§ 3. — *Faut-il établir une exception à la règle générale ?*

Quoiqu'il en soit, lorsque la personne dont il s'agit de déterminer le domicile est une personne morale, nous pensons qu'il faut lui appliquer comme à une personne physique la règle que nous avons formulée. Le fait que ce domicile peut lui tenir lieu de nationalité ne doit pas faire assimiler ce conflit de lois à celui qui s'élève sur la détermination de la nationalité. En effet, ce qui justifie en pareil cas la prééminence de la *lex fori*, c'est l'importance politique du lien qui rattache l'individu à l'Etat ; or, c'est précisément l'absence de cette importance politique dans le lien qui rattache à l'Etat la société qui permet de douter qu'elle ait véritablement une nationalité, et qui en tout cas ôte toute raison d'être à l'application obligatoire et sans exception de la *lex fori* à la détermination du domicile des personnes morales.

Nous pensons donc, quant à nous, qu'il n'y a pas lieu d'établir une exception à notre théorie pour cette dernière modalité du domicile. Du reste, à l'inverse de ce qui s'est produit pour le domicile de dépendance, aucun auteur ici n'a envisagé une pareille éventualité. Il faut dire cependant qu'ils n'ont pas davantage précisé que leur système devait s'appliquer à ce cas particulier. Pourtant Weiss commentant le traité franco-suisse (1)

Guatemala ; article 28 de la convention franco-hongroise du 13 octobre 1925 ; article 4 du traité franco-japonais du 19 août 1911 ; article 17 de la convention franco-lettonne du 30 octobre 1924 ; article 28 de la convention franco-polonaise du 9 décembre 1924 ; article 8 du traité franco-siamois du 14 février 1925 ; article 28 de la convention du 17 avril 1923 entre la France et la Tchécoslovaquie ; article 20 de la convention franco-grecque du 11 mars 1929.

(1) V., p. 164 et ss.

indique qu'il se réfère au domicile des personnes morales comme à celui des individus.

§ 4. — *Examen de la jurisprudence*

La jurisprudence est assez confuse, mais nous n'y trouvons rien qui contredise notre opinion et fasse ressortir un traitement particulier pour la détermination du domicile des personnes morales. Le 26 janvier 1883, la Cour d'Aix décida que : « L'établissement d'une agence créée, pour une société, une sorte de domicile spécial attributif de juridiction aux tribunaux du lieu dans lequel elle est établie, mais cette compétence exceptionnelle n'existe que pour les contestations qui naissent du fonctionnement de l'agence elle-même », appliquant exactement, on le voit, la notion française sur les succursales. Elle ajoute : « Dans le vrai sens du terme employé par l'article 59 proc. la résidence n'est qu'une habitation de fait, n'ayant ni la fixité, ni la durée, ni l'importance nécessaires pour constituer un domicile, ce qui implique que, pour un être moral, il ne peut y avoir, à proprement parler, de résidence distincte du domicile ». Cette dernière affirmation motiva la cassation de l'arrêt (1). En matière commerciale, la Cour de cassation réglant de juges a décidé le premier août 1906 (2) : « Une société constituée à l'étranger qui a établi en France plusieurs succursales, doit être déclarée en faillite ou en liquidation judiciaire par le tribunal dans le ressort duquel se trouve la succursale qui est son principal établissement ». Le 15 juin 1909, la Chambre des requêtes a décidé de même (3), en matière de compétence, l'assimilation des sociétés aux individus : « la société étrangère qui a des bureaux et une partie de son administration en France peut, comme possédant en France un domicile suffisamment caractérisé, être assignée

(1) Cassation, 4 mars 1885 rapporté avec l'arrêt attaqué D. 1885, 1, 353 ; S. 1885, 1, 169.

(2) D. 1906, 1, 400.

(3) S. 1911, 1, 81.

devant les juges français spécialement à la requête d'étrangers ». Enfin un arrêt de la même Chambre en date du 27 novembre 1923 (1) a décidé qu'une société étrangère pouvait être domiciliée en France, ce qui tendrait à prouver que, fiscalement au moins, une société peut avoir un domicile différent de sa nationalité. Il est vrai qu'il s'agissait d'une société d'assurances sur la vie, et que celles-ci, aux termes des articles 7 et 12 de la loi du 17 mars 1905 et du décret du 26 juin 1906, sont tenues, pour pouvoir fonctionner en France, d'y avoir un établissement autonome, et par suite peuvent être considérées, non seulement comme résidentes, mais encore comme domiciliées.

(1) S. 1924, 1, 39, aff. La Gresham.

CHAPITRE V

Conclusions

Nous voici parvenu au terme de la première partie de notre étude. Mis en présence du conflit de lois que soulevait la détermination du domicile, nous avons indiqué les différents systèmes de solution qui se présentaient, nous les avons critiqués, nous avons proposé celui que nous estimions le meilleur, et nous nous sommes attaché à en suivre l'application tant à travers les différents domaines du droit international privé que suivant les différentes modalités du domicile. Avant de clore cette partie, en guise de conclusion, nous ferons d'abord quelques réflexions inspirées de l'étude que nous avons faite, puis nous examinerons en deux sections successives le point de savoir si la détermination du domicile est une question de fait ou une question de droit, et celui de savoir si le conflit de lois sur cette détermination est un conflit de qualifications.

L'examen de la jurisprudence comme de la doctrine nous amène à faire cette constatation fréquente en droit international privé, c'est que si les principes d'où partent les différents auteurs sont fréquemment opposés, les solutions auxquelles ils aboutissent pratiquement sont le plus souvent identiques. Chaque fois qu'ils envisagent une espèce réelle, ils sont généralement d'accord sur la solution à donner au conflit de lois sur la détermination du domicile. La plupart n'ont envisagé le problème qu'en bloc, et se sont contentés de lui donner une solution de principe, sommairement justifiée. Ceux qui ont étudié plus laborieusement les faces si nombreuses et si diverses sous lesquelles peut se présenter, nous l'avons vu, notre conflit, ont été plus embarrassés, et ils ont, soit abandonné tout système *a priori* (Rolin, Fiore), soit apporté à leur système un nombre d'exceptions suffisant pour ne

pas heurter les solutions imposées par les faits. Dans ces conditions, il est évident, qu'en lui apportant tous les tempéraments jugés nécessaires, on peut professer sur le principe n'importe quelle théorie. Ce que nous avons essayé de faire, au contraire, c'est de dégager un principe général reposant sur une base juridique et logique, et ne comportant aucune exception.

La loi qui déterminera le domicile, avons-nous dit, sera celle qui en aura prescrit les effets. Par conséquent cette loi n'est connue que lorsque l'effet à produire est connu, et ces effets étant infiniment variés, ne sont pas toujours produits par la même loi. Cependant, on a déjà pu remarquer quelle était la loi qui intervenait le plus fréquemment, celle avec laquelle se confondait le plus souvent la loi que nous estimions compétente d'après notre système : c'est la *lex fori*. Pratiquement notre système se rapproche sensiblement de celui de la *lex fori*. Théoriquement, il n'en est pas très éloigné. Le système de la *lex fori* prend sa base, ainsi que ses partisans eux-mêmes l'indiquent, dans la théorie des qualifications, et nous n'aurons pas l'audace de nous élever contre une théorie admise actuellement par la majorité des juristes, et qui est devenue un véritable dogme du droit international privé. Si la loi qui détermine les effets du domicile était toujours la *lex fori*, il est clair que, selon notre système, ce serait toujours elle qui en déterminerait le lieu. Mais en est-il toujours ainsi ? Nous avons montré par des exemples nombreux, les uns tirés d'espèces réelles (renvoi, quasi-renvoi, compétence spéciale indirecte), les autres d'espèces imaginées (nationalité, droit d'affouage, etc...), qu'il n'en était rien pratiquement. Cette constatation est-elle en contradiction avec le système des qualifications ? C'est ce que nous allons voir en examinant précisément si la détermination du domicile est en elle-même une question de qualification.

SECTION I

Le conflit sur la détermination du domicile
est-il un conflit de qualification ?

- § 1. — Opinion de différents auteurs (Bartin, Niboyet, Donnedieu de Vabres, Arminjon).
- § 2. — Opinion personnelle : le conflit de lois sur la détermination du domicile est un conflit de qualifications ; il peut être résolu par une loi différente de la *lex fori*.
- § 3. — Conciliation avec les idées de M. Martin.

§ 1. — *Opinion de différents auteurs*

M. Martin, qui est l'auteur du système des qualifications, serait évidemment le plus désigné pour répondre à cette question, mais il n'a pas mentionné nettement, parmi ce genre de conflits, celui sur la détermination du domicile. A vrai dire, nous avons déjà signalé qu'à la note 1 de la page 126 de son *Etude sur les effets internationaux des jugements*, à propos d'un jugement du tribunal du canton de Vaud du 7 février 1893, l'auteur prononçait explicitement les mots de « qualification française du domicile », « qualification suisse du domicile » ; ceci semblerait bien indiquer qu'aux yeux de M. Martin le conflit de lois sur le domicile est bien un conflit de qualifications. Du reste, au tome I^{er} de ses *Principes de droit international privé*, M. Martin a quelque peu creusé ce point. A la page 226, note 1, il signale le jugement de la Seine du 20 juillet 1923 (1) en matière de définition du domicile, et lorsqu'il revient plus loin (2) sur ce jugement, il dit expressément : « Le conflit de la loi française et de la loi anglaise est manifestement un conflit de qualifications qui porte sur la définition du domicile ».

Avant lui, M. Niboyet (3) avait jugé qu'il s'agissait bien là d'un problème de qualifications.

M. Donnedieu de Vabres qui, dans sa thèse sur l'*Evo-*

(1) Clunet, 1924, p. 403, aff. du major X...

(2) P. 233, note 3.

(3) *Manuel*, 2^e éd., § 563 et S. 1927, 1, 57.

lution de la jurisprudence en matière de conflits de lois, a examiné attentivement à plusieurs reprises la question qui nous occupe (1), range le conflit sur la qualification du domicile parmi les questions « qui n'ont que des rapports assez lointains » avec celle de la qualification des rapports de droit proprement dits. Tandis que dans ce dernier cas il ne voit aucune raison de faire prévaloir l'une des qualifications en présence sur les autres, et trouve, par conséquent, le conflit théoriquement insoluble, il déclare au contraire n'éprouver aucune difficulté à résoudre les premiers : « la loi compétente pour déterminer la qualification, dit-il, est celle qui doit régir le rapport de droit ». Si en effet on lui applique exclusivement la *lex fori* on aboutit à cette « conséquence regrettable : on interprète une loi au moyen d'une autre, et ainsi sous prétexte de les appliquer simultanément, on les viole toutes les deux ».

Nous ferons à M. Donnedieu de Vâbres le reproche qu'il adresse lui-même à Despagne qui applique au conflit de qualification la loi reconnue applicable au rapport juridique dont il s'agit. Comment peut-on connaître la loi compétente pour régir le rapport de droit, sans avoir préalablement résolu le conflit de qualifications qui définira ce rapport de droit ? Mais nous savons ce que M. Donnedieu de Vâbres entend par cette expression, « loi compétente pour régir le rapport de droit », cela veut dire « loi, soit personnelle, soit réelle ». Si la matière est de statut personnel, la loi nationale fournira la qualification cherchée ; si elle est au contraire de statut réel, ce sera la loi territoriale qui fournira cette qualification. L'auteur prend en particulier l'exemple de la qualification du domicile : « Pendant la période 1800-1840, dit-il (2), la loi du domicile étant une loi réelle, c'est le statut réel que l'on consultait quant à la qualification du domicile ; pendant la période 1840-1875, au contraire, on s'en rapportait à celle de la loi personnelle. Cette dernière solution prévaut en général pendant

(1) P. 125, note 2 ; p. 151, note 1 ; p. 515, note 4.

(2) P. 515, note 4.

notre période (1875-1905), notamment en matière successorale » (1).

Le raisonnement de cet auteur sur la qualification du domicile tend à soustraire son domaine à l'empire de la *lex fori* ; par là il restreint l'application de la théorie de M. Bartin, et par suite, s'y oppose. Critiqué à son apparition par Despagnet (2), puis par Diena (3) et par Surville (4), le système des qualifications, aujourd'hui couramment admis dans la doctrine, n'a peut-être jamais subi d'attaque plus sérieuse et plus pénétrante que celle développée par M. Donnedieu de Vâbres en divers endroits de sa thèse, et reprise dans un article au *Clunet*, 1905, p. 1231.

Nous venons de dire qu'il soustrait la qualification du domicile à l'empire de la *lex fori* ; il y soustrait pareillement, par un raisonnement analogue, la qualification de la nature d'un jugement (que doit-on entendre par jugement de séparation de corps ?), celle d'un mode de preuve (que doit-on entendre par possession d'état ?), celle de la forme d'un acte (qu'entend-on par acte authentique ?), celle de la filiation (est-elle légitime ou naturelle ?), et toutes les qualifications que nous appellerons mineures, c'est-à-dire celles qui ne visent « ni la nationalité, ni la compétence internationale, ni les rapports de droit » (5). Dans tous ces cas, M. Donnedieu de Vâbres écarte l'application de la *lex fori* proposée par M. Bartin, pour faire place à celle de la loi reconnue compétente pour régir le rapport de droit.

Quant aux conflits des qualifications que nous appellerons majeures, cet auteur le considère, nous l'avons dit,

(1) En matière de compétence en effet, l'auteur adopte la qualification de la loi territoriale, et en matière contractuelle celle qui ressort de la commune intention des parties, solution qu'il estime être celles de la jurisprudence. A vrai dire les décisions que cite M. Donnedieu de Vâbres à l'appui de cette démonstration ne nous ont paru nullement concluantes, nous en avons en effet utilisé nous-même la plupart et nous les avons interprétées dans un sens différent.

(2) *Clunet*, 1898, p. 253.

(3) *Principi di diritto internazionale*, tome II.

(4) § 9, note 2.

(5) P. 515, note 4.

comme théoriquement insoluble. Suivant M. Bartin sur le terrain jurisprudentiel, il oppose à la documentation massive et impressionnante que l'on connaît, toute une série de décisions judiciaires parmi lesquelles les unes n'adoptent la qualification française que tantôt par l'effet du hasard, tantôt par une considération étrangère à la question, et les autres adoptent très nettement la qualification étrangère (1).

Donc, pour M. Donnedieu de Vâbres, le conflit de lois sur le domicile est bien un conflit de qualifications, mais un conflit de qualifications mineures, et qui doit être résolu par la loi nationale ou la loi territoriale selon que le rapport de droit où le domicile joue un rôle appartient au statut personnel ou au statut réel.

M. Arminjon a également étudié la question, mais la solution qu'il lui donne est moins nette. « Il faut se garder, déclare-t-il (2), d'étendre outre mesure la notion de qualification. Rentre dans son domaine la notion générale du domicile, centre des droits et des intérêts de la personne. Mais la mise en œuvre de cette notion, le dosage de ses éléments, peuvent donner naissance à des conflits de lois ». Aussi, ayant exposé l'argument de M. Niboyet, que nous avons repris (« chaque fois que le législateur fait dépendre l'application d'une loi de l'existence d'un domicile, il s'agit du domicile tel qu'il le conçoit »), l'auteur conclut : « L'idée nous paraît juste, et nous l'admettons dans *le cas même où le siège du domicile est à l'étranger* ; nous lui faisons subir toutefois deux tempéraments très importants : 1^o en cas d'admission du renvoi ; 2^o pour la détermination du domicile légal des incapables ». Cependant, lorsqu'il étudie la question des qualifications en général (3) et qu'il met en garde lui aussi contre l'extension de cette notion, il signale en particulier que : « la question de savoir si un étranger est

(1) P. 590, texte et note 7 ; qualification italienne de la donation entre époux, Paris, 27 mai 1892, Clunet, 1892, p. 140 ; qualification sarde du senatus-consulte Velleien, Chambéry, 19 novembre 1877, Clunet, 1878, p. 160 ; qualification américaine du douaire, Cassation, 4 avril 1881, Clunet, 1882, p. 87 ; et autres références..

(2) II, p. 30.

(3) I, § 60.

sujet britannique ou sujet brésilien, et si, en le supposant de nationalité britannique, il *est domicilié à Londres ou à Lisbonne*, ne sera pas résolue par un tribunal français suivant les seules dispositions de la loi française ». Il y a entre ces deux passages une contradiction manifeste.

En admettant qu'il y ait là un conflit de qualifications, quelle solution faut-il lui donner ? M. Arminjon admet la théorie des qualifications, et il confie la solution du conflit à la « législation du système juridique où la question se pose ». C'est à peu près la formule que nous pourrions adopter, puisque nous avons prétendu que c'était à la législation à l'intérieur de laquelle se posait la question de domicile, celle qui requerrait le domicile à seule fin de lui faire produire tel effet bien défini, qu'il appartenait de caractériser le domicile qu'elle exigeait. Cependant, il ne faut pas s'y tromper ; tel n'est pas le sens de la formule de M. Arminjon, qui vise, comme M. Bartin et M. Niboyet, la *lex fori*. En effet, « (système juridique) (où) (la question se pose) », signifie, d'après la terminologie de l'auteur : « (loi de l'Etat) (devant les tribunaux duquel) (la question se pose) ». A cette règle générale, il n'admet pas comme exception la qualification (meuble ou immeuble) d'un bien, adoptée pourtant par M. Bartin ; par contre il ajoute à la réserve de l'autonomie de la volonté (qui peut emprunter à une législation étrangère la qualification des rapports juridiques qu'elle forme (Cf. Bartin, *Etudes*, p. 40), une exception pour le cas des pays à système juridique complexe (dans ce cas en effet, mais dans ce cas seulement, M. Arminjon accepte le système du renvoi, car il ne voit pas la possibilité matérielle de procéder autrement). Lors donc que se posera le conflit de lois sur la détermination du domicile, M. Arminjon y verra, lui aussi, un conflit de qualifications, mais il ne le résoudra pas par la solution orthodoxe des conflits de ce genre ; il n'appliquera la *lex fori* qu'en dehors du cas de renvoi, en dehors de l'autonomie de la volonté, en dehors enfin du domicile de dépendance.

§ 2. — *Opinion personnelle*

Quant à nous, nous pensons que la mise en relief du problème des qualifications par M. Martin, a rendu un signalé service à la science du droit international privé. Nous pensons également que la solution que cet auteur préconise et qu'il appuie sur des arguments théoriques si impressionnants et si logiques, est bien la véritable. Mais le conflit sur la détermination du domicile est-il un conflit de qualifications ? Certes, M. Martin lui-même (1) met en garde contre la confusion entre la question des qualifications telle qu'il la comprend et « des questions voisines qui visent également la qualification des institutions ou des droits, mais qui ne touchent point, en réalité, au droit international privé, ou qui n'y touchent qu'accidentellement, si d'ailleurs on entend très largement l'expression de droit international privé ». D'après l'exemple qu'il donne de ces dernières (qualification du caractère civil ou commercial d'une difficulté) et les explications dont il entoure cet exemple, il semblerait que le critérium serait le suivant : le véritable problème de qualifications se pose lorsqu'il s'agit de choisir entre les qualifications fournies par deux lois internes d'Etats différents, le faux problème de qualifications se pose au contraire lorsqu'il s'agit, comme dans l'exemple donné, de choisir entre deux dispositions légales de la même loi interne (2).

Si l'on admet, ainsi qu'il est logique de le faire, que le système des qualifications, qui met l'obstacle que l'on sait à la solution des conflits de lois, se présente non seulement à l'occasion de la qualification d'un rapport de droit ou d'une institution, mais encore à l'occasion de la mise en œuvre de ce rapport de droit, ou de l'application

(1) *Etudes*, p. 8.

(2) Nous ne pouvons que signaler l'intéressante étude qui pourrait être faite sur cette base, en l'approfondissant davantage au sujet de l'étendue et des limites des conflits de qualifications, car nous n'avons pas le loisir de nous y arrêter. Cf. d'ailleurs plus loin le tempérament admis par M. Martin lui-même sur les qualifications « en sous-ordre ».

normale des règles de cette institution, à propos de chaque détail, au sujet de chaque notion, alors évidemment le conflit de lois sur la détermination du domicile est un conflit de qualifications. Qu'est-ce que le conflit sur la détermination du domicile, en effet, sinon un conflit entre deux notions différentes du domicile, tant au point de vue de leurs éléments de fait qu'au point de vue de leurs éléments de droit ?

Si le conflit de qualifications peut se présenter au sujet de la détermination de la nature d'un jugement, d'un mode de preuve, de la forme d'un acte, de la modalité de la filiation, et même d'un lieu déterminé comme le lieu de la formation du contrat, le lieu du paiement, le lieu de la promesse et de la livraison, il est clair qu'il se présente également pour la détermination de cet autre lieu : le lieu du domicile de l'individu.

Si, par « qualification », il faut entendre « définition non seulement d'un rapport de droit, mais encore de tous les éléments qui entrent dans sa constitution, son appréciation, son fonctionnement et ses limites, éléments dont la notion peut varier selon les législations diverses, il est indubitable que la qualification du domicile doit être un des principaux exemples de cette théorie fameuse. Aussi nous concluons très nettement : oui, le conflit de lois sur la détermination du domicile auquel nous venons de consacrer quatre chapitres d'une longue étude, est un conflit de qualifications.

Pourquoi, dès lors, ne nous sommes-nous pas, dès le début de notre étude, posé la question que nous traitons ici en manière de conclusion ? Pourquoi avons-nous examiné longuement les diverses faces sous lesquelles apparaissait le domicile dans la vie internationale, et avons-nous pris soin d'établir et de justifier une règle qui n'est pas celle traditionnellement assignée à la solution des conflits de qualifications ? Si, après avoir dégagé la règle de solution que l'on connaît, nous reconnaissons cependant être en présence d'un conflit de qualifications, ne sommes-nous pas en contradiction avec nous-même ?

§ 3. — *Conciliation avec les idées de M. Bartin*

Nous ne le pensons pas, car nous ne pensons pas que le conflit de qualifications doive toujours et aveuglément être résolu par la *lex fori*. Nous touchons ici à une difficulté qui dépasse infiniment le cadre de notre étude. La détermination du domicile, nous le reconnaissons, est un conflit de qualifications, d'autre part, nous avons relevé plusieurs exemples où nous estimons impossible de confier à la *lex fori* le soin de déterminer le domicile et nous serions fort étonné que les partisans eux-mêmes de cette loi nous démentissent sur ces différents points. C'est donc qu'en certains conflits de qualifications, en particulier dans ceux qui concernent la détermination du domicile, la *lex fori* ne prévaut pas toujours. Mais cette démonstration indirecte ne nous suffit pas.

Nous avons dit que nous admettions non seulement l'existence du problème de qualifications, mais encore le principe de solution énoncé par M. Bartin. Lorsque la loi applicable ou le tribunal compétent est susceptible de varier avec la solution du conflit de qualifications, la seule loi qui doit résoudre ce conflit est la *lex fori*. La raison qu'en donne l'éminent internationaliste nous paraît péremptoire : l'Etat français est seul et souverain juge du domaine d'application de ses lois, et ses tribunaux sont institués spécialement pour les appliquer à l'exclusion de toutes autres. Par suite, lorsque le législateur français entend soumettre à la loi nationale de l'étranger les matières qui concernent son état et sa capacité, quels que soient d'ailleurs les motifs qui le poussent à agir ainsi, seul le législateur français peut définir en quoi consiste l'état ou la capacité et en particulier quelles sont les institutions qui rentrent dans cette rubrique, et quelles sont celles qui n'y rentrent pas ; si une loi étrangère se chargeait de ce soin, elle aboutirait à élargir ou à restreindre la sphère d'application de la loi française, et par suite ce n'est pas cette dernière qui fixerait ses propres limites, elles seraient au contraire flottantes et indécises, abandonnées à la

décision de législations étrangères dont les conceptions sont peut-être entièrement différentes des nôtres. Pour reprendre un exemple fameux, la loi hollandaise estime que la validité du testament olographe est une matière de capacité, la loi française, au contraire, n'y voit qu'une question de formes ; les tribunaux français saisis d'un litige de ce genre n'ont pas un libre choix, s'ils choisissent la qualification étrangère, ils violent délibérément la loi française qu'ils ont mission d'appliquer.

Chaque Etat édicte les lois qu'il lui plaît et qui, à ses yeux, sont les meilleures du monde ; en principe, il n'en connaît pas d'autres, c'est-à-dire que ses tribunaux n'en sanctionnent pas d'autres. Cependant, il consent en principe à reconnaître l'existence des lois étrangères, et permet à ses tribunaux de les appliquer, c'est là que le droit international privé prend sa source. En agissant ainsi, le législateur obéit-il à un désir de réciprocité, à une contrainte politique, estime-t-il que telle ou telle loi étrangère est applicable comme étant pour diverses raisons la plus adéquate, ou procède-t-il simplement de l'antique idée d'après laquelle l'étranger est sinon « hors la loi », du moins « en dehors des lois normales ? » Peu importe, car il s'agit toujours d'une autolimitation de la souveraineté, qui ne peut se faire que par référence à des notions données et déterminées à l'avance. C'est donc la *lex fori* qui doit résoudre les conflits de qualifications.

Mais la *lex fori* a-t-elle la possibilité de renoncer à son privilège, de confier à une loi étrangère le soin de désigner la qualification à prendre ? Incontestablement. En a-t-elle le droit ? C'est une autre question, et que nous ne pouvons agiter ici. A peine pouvons-nous indiquer qu'à notre avis il n'est pas bon que la *lex fori* abandonne ses qualifications que nous appellerons, un peu vaguement sans doute, « majeures », parce qu'à celles-ci sont attachés des intérêts plus importants, parce qu'elle partent de principes plus divergents dans leurs racines mêmes et parce qu'ainsi la *lex fori* est moins à même de mesurer l'importance de la concession qu'elle ne peut faire, nous l'avons dit, qu'en pleine connaissance de cause. Mais parce que ces arguments perdent leur force lorsqu'il

s'agit de qualifications mineures, de définitions secondaires, de notions légèrement nuancées, nous concevons parfaitement, non seulement comme possible, mais encore comme légitime, que la *lex fori* laisse une loi étrangère proposer en certaines circonstances sa qualification.

Donc, c'est à la *lex fori* qu'il appartient de résoudre le conflit de qualifications, mais il peut arriver qu'elle se soit elle-même privée de ce droit par un dessaisissement antérieur. Ce qui est essentiel, c'est que ce dessaisissement ait été *librement consenti*, de sorte qu'il est toujours vrai de dire que la *lex fori* est maîtresse des qualifications, parce qu'en définitive la qualification étrangère ne s'applique qu'avec son assentiment (nous estimons même que c'est sur son ordre), de même que sous le régime féodal toute terre, en définitive, mouvait de la couronne.

Or, dans les différents cas où nous avons montré l'impossibilité d'appliquer la *lex fori* à la détermination du domicile, et notamment le cas de la détermination du domicile après renvoi, le cas du quasi-renvoi de compétence, et le cas de vérification de la compétence spéciale indirecte, nous avons montré que cette impossibilité venait de ce que la *lex fori*, dont nous ne contestions pas la prérogative normale, s'était antérieurement et valablement dessaisie, au profit d'une loi étrangère, d'un certain domaine, et, par conséquent, non pas des qualifications majeures qui limitent ce domaine, mais des qualifications mineures englobées dans ce domaine. Nous pensons que ce système n'est pas inconciliable avec celui de M. Bartin, tel qu'il nous en a présenté le dernier état dans ses récents *Principes de droit international privé*. En effet, p. 231 et suivantes, l'éminent auteur a présenté, au sujet de sa théorie, des réserves qui sont, à peu de chose près, les nôtres, et où il voit, ainsi que nous-même, le développement de son idée fondamentale.

« Lorsque la loi applicable est connue, professe-t-il, c'est bien évidemment de cette loi seule, désormais compétente par application du système de qualification de la *lex fori*, que dépendront pour le groupe de dispositions

légales qu'elle est appelée à régir, toutes les *définitions* que nécessite la solution du litige... » « Lorsque, par la qualification de l'institution sur laquelle on raisonne, cette institution dépend, pour la *lex fori*, d'une loi étrangère, cela signifie que la souveraineté de l'Etat dont relève le juge saisi *se désintéresse par là même de ces définitions*, et les abandonne à la loi étrangère ».

Lorsque l'on a décidé qu'une question dépend de la capacité personnelle et que celle-ci est régie par la loi nationale, « il est clair que c'est de cette loi nationale seule que dépendra la définition des qualités de la personne auxquelles est attachée la capacité d'agir, la définition de la majorité par exemple, ou en sens inverse, la définition du prodigue ou de l'interdit régulièrement relevés de leur incapacité. *Ce sont bien là, si l'on veut, des questions de qualifications, mais elles ne relèvent pas de la lex fori* ». C'est là une distinction analogue à celle que nous avons faite entre qualifications majeures et mineures, et M. Martin lui-même appelle ces qualifications exceptionnelles, auxquelles, ainsi que nous-même, il ose à peine accorder ce titre, « qualifications en sous-ordre » (1). Précisément il cite en note (2) le jugement de la Seine du 20 juillet 1923 où le mécanisme du renvoi a fait apparaître nettement l'opposition des notions française et anglaise du domicile (ce qui s'était déjà produit, ainsi que nous l'avons déjà montré, dans tous les cas de renvoi, à commencer par l'affaire Forgo et même par l'affaire Skottowe) et il signale que le tribunal aurait dû renoncer à la qualification française du domicile s'il acceptait le renvoi, et la conserver dans le cas contraire, au lieu de rejeter cumulativement et le renvoi et la notion française du domicile (3).

« On peut dire en thèse générale, conclut M. Martin, que la souveraineté de l'Etat dont relève le juge saisi *se désintéresse implicitement de la qualification* en abandonnant à la loi étrangère l'institution dont le jeu suppose

(1) P. 234.

(2) P. 233, note 3.

(3) Nous avons déjà cité cette anomalie, p. 78.

cette qualification ». C'est précisément ce que nous avons cru pouvoir avancer en partant des principes mêmes dont s'inspire M. Martin. Nous sommes heureux de voir qu'il y a été logiquement conduit lui-même et qu'il voit là, lui aussi, selon sa propre expression, une sorte d'application de l'adage « donner et retenir ne vaut » (1).

Du reste l'éminent auteur avait déjà pressenti la question dans un texte plus ancien. On sait qu'il sous-trait le domaine contractuel aux qualifications de la *lex fori*, pour laisser place, dans une large mesure, à l'autonomie de la volonté. « Lors donc que le rapport de droit litigieux, dit-il alors (2), dépend exclusivement de la volonté des parties, qu'il ne subit la prise d'une loi civile donnée que parce que les parties sont présumées avoir accepté cette loi, si la qualification de ce rapport de droit est douteuse, la volonté présumée des parties a seule qualité pour faire disparaître ce doute ». Si par exemple les parties ont choisi pour le régir la loi du lieu d'exécution de leur contrat, il s'agira de déterminer ce lieu (on voit l'analogie avec la détermination du domicile). Dans ce cas, dit alors M. Martin « la détermination de la loi applicable au contrat dépendant de la volonté des parties ce que personne ne conteste, la détermination du lieu qui doit entraîner la détermination de cette loi en dépend également ». Il y avait bien là l'application du principe de logique auquel nous nous sommes référé tout au long de notre étude.

Reprenant la formule de M. Martin, ne pouvons nous pas lui faire dire : « Lorsque la détermination de la loi applicable à un rapport de droit dépend de telle loi étrangère que la *lex fori* s'est consciemment et volontairement substituée, la détermination du lieu qui doit entraîner la détermination de cette loi (c'est-à-dire le domicile) en dépend également ». Il nous semble que nous pouvons légitimement attribuer à M. Martin cette opinion, qui est la nôtre. Quand peut-on dire, maintenant, que la *lex fori* s'est substituée une loi étrangère ?

(1) P. 235.

(2) *Etudes de D. I. P.*, p. 40.

Quand peut-on l'admettre ? C'est, nous l'avons déjà dit une question toute différente. On peut admettre ou ne pas admettre cette substitution, et M. Martin serait certainement des plus difficiles sur ce point ; mais une fois qu'on l'a admise, il faut en accepter les conséquences, M. Martin nous en donnait lui-même un exemple éclatant avec l'autonomie de la volonté, et lorsqu'il est allé dans son dernier ouvrage jusqu'au bout de sa pensée, il a bien confirmé cette interprétation.

A notre avis, nous l'avons dit, cette substitution est possible et légitime ; nous n'y voyons pas une abdication de la souveraineté, au contraire ; lorsque la *lex fori* ordonne l'application d'une disposition étrangère, c'est qu'elle l'estime plus adéquate à la situation que celles qu'elle possède, elle se l'approprie et se l'intègre, il est donc vrai de dire que c'est toujours en définitive la *lex fori* qui résout les conflits de qualifications.

Nous pensons donc que le conflit de lois sur la détermination du domicile est un conflit de qualifications ; mais nous persistons à croire que la meilleure solution logique est celle que nous avons indiquée, qui englobe dans sa généralité non seulement le conflit de lois et le conflit de juridictions, mais encore la nationalité, la condition des étrangers et les conventions internationales ; résoudre ce conflit par la solution traditionnelle des conflits de qualifications, c'est-à-dire par la *lex fori*, serait peut-être exact dans le principe, mais comporterait dans son application des tempéraments et d'apparentes exceptions qui en rendraient l'emploi extrêmement malaisé, hasardeux, chaotique, en un mot exposerait la pratique judiciaire, amenée si fréquemment à se prononcer dans des espèces imprévues ou complexes, à de regrettables erreurs.

SECTION II

La détermination du domicile est-elle une question de fait ?

- § 1. — Réponse théorique à la question.
- § 2. — Examen de la jurisprudence sur la détermination du domicile en droit interne.
- § 3. — Examen de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la détermination du domicile en droit international privé (aff. Coff., aff. Henri Say).

§ 1. — *Réponse théorique à cette question*

La détermination du domicile est-elle une question de fait ? On aperçoit immédiatement l'intérêt de cette question : c'est de savoir si la Cour de cassation qui ne connaît que des questions de droit, pourra exercer son contrôle sur la détermination du domicile. Il y a une utilité certaine à ce que cette détermination dont on a déjà pu mesurer l'importance soit soumise à une autorité aussi éminente que celle de la Cour suprême, justement nommée « régulatrice ».

Nous dirons immédiatement quel est notre sentiment sur ce point : le conflit de lois sur la détermination du domicile est une question de droit susceptible d'être déférée à la Cour de cassation ; au contraire le point de savoir si les éléments exigés par la loi compétente pour régir la détermination du domicile sont ou ne sont pas réunis dans l'espèce, est une question de fait qui échappe au contrôle de la Cour de cassation.

A la Cour de cassation il appartient de dire quelle est la loi applicable à la détermination du domicile. On sait d'ailleurs qu'elle accepte de casser une décision pour non application d'une loi étrangère.

Mais si les juges du fait ont déclaré appliquer la loi étrangère, normalement compétente, et s'ils ont mal interprété cette loi ? Si par exemple ils ont affirmé qu'elle exigeait pour le domicile tel et tel éléments, alors que cette loi juge en réalité que l'un d'eux est superfétatoire ou que d'autres au contraire sont nécessaires ? Dans ce cas la Cour de cassation rejettera le pourvoi car

on sait qu'elle affirme dans une jurisprudence constante son refus d'intervenir pour fausse application d'une loi étrangère. Il n'y a dans ce cas aucun recours contre la décision souveraine des juges du fond ; on peut estimer cette solution regrettable en présence des excès véritablement scandaleux qui se sont produits (1). Mais il est évident que la jurisprudence de la Cour suprême peut être considérée comme pratiquement immuable (2).

Si d'ailleurs la loi française était compétente pour déterminer le domicile et que la Cour d'appel eût commis une erreur dans les éléments de droit de la notion française, il est évident que la Cour de cassation pourrait être appelée à la rectifier (3).

Mais si l'erreur de droit sur les éléments de la notion est commise dans une loi étrangère, la Cour de cassation ne verra là qu'une question de fait dont elle refusera de se saisir.

Pareillement le point de savoir si les éléments exigés par la loi étrangère ou par la loi française sont oui ou non satisfaits en fait, ne sera pas susceptible d'être examinée par la Cour suprême.

On voit que nous résolvons la question posée dans cette section par une distinction fondée sur une analyse facile des éléments de la difficulté, et compte tenu des tendances générales de la Cour de cassation.

§ 2. — *Examen de la jurisprudence en droit interne*

Si nous examinons maintenant les tendances de la jurisprudence, nous constatons d'abord que la doctrine

(1) Aff. Balsan, D. 1906, 1, 70 ; S. 1909, 1, 97.

(2) M. Niboyet avait proposé à la société d'Etudes législatives lors de la discussion de la question 73 un texte obligeant la Cour de cassation à statuer sur la violation de la loi étrangère. Il rencontra immédiatement une telle opposition au sein même de la Commission, qu'il ne jugea pas utile d'insister.

(3) C'est ce qui est arrivé : la Cour de cassation ayant accepté les constatations de fait de l'arrêt a cependant cassé ce dernier car elle a vu un domicile là où la Cour d'appel n'en avait pas vu un (Cassation, 21 mars 1928, Clunet, 1929, p. 164 sur l'application de l'arrêté monétaire du 4 avril 1919).

sur la détermination du domicile en droit interne est bien nette. « La question de savoir en quel lieu se trouve le domicile d'un citoyen est essentiellement une question de fait dont les éléments ne peuvent être appréciés que par le juge du fond » affirme la Chambre des requêtes le 27 mai 1884 (1). Et le conseiller rapporteur Lepelletier avait mentionné en ces termes la distinction que nous avons reprise : « Si c'est une question de droit que celle de savoir en quoi consiste le domicile, et si cette question est résolue par l'article 102 du Code civil qui dit que le domicile est le lieu où l'on a son principal établissement, c'est une question de fait que celle de savoir où est ce principal établissement ». Et le conseiller rapporteur cita à l'appui de sa thèse : Cassation, 9 juin 1830, 25 août 1835, 7 mai 1839, 8 décembre 1840 (2).

Cette jurisprudence qui apparaissait déjà à cette époque comme fermement établie, ne s'est pas démentie depuis : « Attendu que la question de savoir en quel lieu se trouve le domicile d'un citoyen est une question de fait dont les éléments ne peuvent être appréciés que par les juges du fond » décida la Chambre des requêtes le 12 juin 1903 (3).

La même Chambre avait déjà rendu une décision analogue le 21 octobre 1902 (4). Elle persévéra le 21 novembre 1905 (5) : « Attendu que la question de savoir en quel lieu se trouve le domicile d'un citoyen est essentiellement une question de fait ; que la preuve de l'intention de fixer son principal établissement, à défaut de déclarations faites conformément à l'article 104 C. c. dépend de circonstances dont la constatation et l'appréciation rentrent dans le pouvoir souverain des juges du fond ». La même Chambre rendit encore une décision dans le

(1) D. 1884, 1, 437.

(2) Il indiqua également que la Cour de cassation connaissait de la détermination du domicile, quand précisément elle était juge du fait, lorsqu'elle statue en règlement de juges. Cf. un règlement de juges récent déterminant le domicile pour la compétence successorale en droit interne : Requêtes, 1^{er} mai 1930, S. 1930, 1, 268, aff. Blavy.

(3) S. 1903, 1, 412 ; D. 1903, 1, 410.

(4) D. 1902, 1, 542.

(5) D. 1906, 1, 20.

même sens le 15 mars 1909 (1) puis le 13 janvier 1919 (2) et enfin tout récemment encore le 16 juin 1925 (3) et le 24 décembre 1929 (4).

Le principe est donc bien certain, il était d'ailleurs évident. Mais si nous ne trouvons pas dans ces arrêts la réserve de la question de droit que constitue la notion juridique du domicile parce que cette notion a ses éléments définis d'une façon suffisamment claire par l'article 102 pour être à l'abri des violations des juges du fait, nous l'avons vue très nettement et très heureusement dégagée par le conseiller rapporteur de l'arrêt du 27 mai 1884 que tous les autres se sont contentés de répéter.

§ 3. — *Examen de la jurisprudence en droit international privé*

Si maintenant nous nous transportons sur le domaine du droit international, nous constatons d'une part que nous ne possédons aucun arrêt d'une netteté absolue, mais que d'autre part presque tous les arrêts de la Cour suprême intervenus dans les matières qui nous occupent, contiennent une solution implicite ou fragmentaire de la question.

Le 29 décembre 1836 (5) la Chambre des requêtes refusa de casser un arrêt de la Cour de Pau qui avait fixé à l'étranger le domicile matrimonial de deux français en s'appuyant « sur des faits nombreux, sur des actes et circonstances qu'il a souverainement appréciés ». Le conflit de lois sur la détermination du domicile n'avait pas été posé. Il ne le fut pas non plus dans les affaires suivantes :

Le 17 janvier 1837 (6) la même Chambre refusa pareillement de casser un arrêt de la Cour de Douai qui, à l'inverse du précédent avait refusé à un Français un

(1) D. 1909, 1, 395.

(2) S. 1921, 1, 164.

(3) S. 1925, 1, 158.

(4) S. 1930, 1, 173, aff. Duval.

(5) S. 1837, 1, 437.

(6) S. 1837, 1, 701.

domicile à l'étranger : « Attendu que l'arrêt, en le décidant ainsi, s'est fondé sur une appréciation de faits qui étaient exclusivement dans le droit de la Cour de Douai ».

Le 29 juin 1842 (1) même solution à l'égard d'un arrêt de la Cour de Lyon fixant au même lieu un domicile matrimonial car « cette appréciation de faits, et cette interprétation d'actes sont subordonnées aux lumières et à la conscience des juges du fait, et ne constituant la violation d'aucune loi, ne peuvent donner ouverture à cassation ».

Le 21 juin 1865 (2) dans la curieuse affaire Parrain, la Cour de cassation trancha une question de droit relative au domicile en affirmant catégoriquement qu'un Français pouvait avoir son domicile à l'étranger, et que ce domicile était celui de l'article 102 C. c., mais quant à la fixation du domicile, elle rappela : « l'ensemble des faits souverainement apprécié par la Cour de Paris » et s'en remit à cette appréciation.

De même le 1^{er} juillet 1867 (3) dans une affaire d'affouage, la Chambre des requêtes, après avoir accepté les considérations de fait de l'arrêt attaqué, se prononça sur les conséquences à en tirer au point de vue du domicile.

Lorsque l'affaire Spada-de Komar se présenta le 27 avril 1871 devant la Chambre des requêtes (4) celle-ci aurait pu prendre position sur le conflit de lois sur la détermination du domicile, il y avait là, nous l'avons dit, une occasion unique; mais elle se borna à accepter sans discussion les constatations de la Cour de Paris sur le domicile des époux.

Le 7 juillet 1874 (5) la Cour de cassation trancha une question de droit en admettant pour la première fois les effets du domicile de fait en matière de compétence.

Le pouvoir souverain des juges du fait fut encore affirmé par la Chambre des requêtes le 6 mars 1888

(1) S. 1842, 1, 975.

(2) D. 1865, 1, 418.

(3) D. 1867, 1, 389 ; S. 1867, 1, 275, *aff. Dave*.

(4) S. 1871, 1, 91.

(5) S. 1874, 1, 19 ; D. 1875, 1, 271, *aff. Specht*.

(aff. Portalis) à propos du domicile d'un Français à l'étranger ; par la Chambre civile (1) qui précisa le 20 novembre 1889 : « Il appartient aux juges du fond de constater où en fait se trouve le principal établissement d'un individu (2) ... ils ont, à plus forte raison, un pouvoir souverain d'appréciation quand, en l'absence de déclarations, l'intention ne peut ressortir que de circonstances d'une nature complexe » ; par la même Chambre enfin le 1^{er} juillet 1895 (3) dans des termes très analogues.

L'arrêt du 22 octobre 1900 (4), s'il proclame : « La question de savoir où se trouve le domicile d'une personne est essentiellement une question de fait dont les éléments ne peuvent être appréciés que par les juges du fond », ne le fait qu'après avoir rappelé que le domicile est au lieu du principal établissement et avoir ainsi identifié les deux termes.

Nous avons déjà cité deux arrêts de la Chambre civile des 5 mai 1909 (5) et 1^{er} avril 1912 (6) résolvant tous deux une question de droit relative au domicile des domestiques de l'étranger en France.

Dans son arrêt du 25 juin 1918 (7) la Chambre des requêtes, dans une espèce de quasi-renvoi où la Cour de Paris avait décidé que le défendeur avait son domicile à Paris et n'en avait conservé aucun dans son pays d'origine, estima « que cette appréciation fondée sur des constatations de fait précises et concordantes est souveraine et échappe au contrôle de la Cour de cassation ». Il y avait cependant une question de droit à résoudre, celle du conflit de lois sur la détermination du domicile, qui se présentait d'une façon très nette, mais cette question n'a pas été soulevée.

Il en fut de même le 10 novembre 1920 dans une

(1) S. 1890, 1, 155.

(2) La Cour en parlant de « principal établissement » et non de « domicile » sépare très heureusement le droit du fait.

(3) D. 1895, 1, 344 ; S. 1896, 1, 226, aff. de Brunswick.

(4) D. 1900, 1, 520 ; S. 1901, 1, 88, aff. de Migieu.

(5) S. 1912, 1, 525, 3^e espèce.

(6) S. 1912, 1, 228.

(7) S. 1918-1919, 1, 206 ; D. 1925, 1, 127.

affaire analogue résolue pareillement, l'affaire Slater (1).

En consacrant le sens du mot « domicile » dans l'article 8, 4^o C. c. la Chambre des requêtes le 27 avril 1920 dans l'affaire Molist (2) trancha incontestablement une question de droit.

On retrouve l'affirmation de la compétence souveraine des Cours d'appel pour apprécier le domicile matrimonial dans l'affaire Saccone dont le pourvoi fut rejeté le 7 avril 1925 par la Chambre des Requêtes (3) et alors que les parties prétendaient justement que la Cour d'Alger avait omis de tenir compte de certains éléments produits.

Nous avons déjà parlé de l'arrêt de cassation intervenu le 23 avril 1925 (4) au sujet du domicile du domestique de l'étranger en France, qui trancha la question dans le même sens que les arrêts de 1909 et 1912.

Le 7 juillet 1925, dans l'affaire du prince Vogoridy (5) la Chambre des requêtes reproduisit textuellement les attendus que nous avons cités de son arrêt du 22 octobre 1900.

Le 30 avril 1927, la Chambre civile déclara « que la décision par laquelle le juge du fait, en se fondant sur une appréciation souveraine des circonstances de la cause et des dispositions de la loi étrangère, déclare qu'au moment où il statue sur sa propre compétence, l'accès d'un prétoire étranger compétent est ouvert au demandeur, échappe au contrôle de la Cour de cassation (6). Le pouvoir souverain des juges du fond est ici affirmé alors que les juges se sont déclarés incompétents aussi bien que lorsqu'ils se sont déclarés compétents (Req., 25 juin 1918 précité). La Cour de cassation paraît donc considérer que toute discussion sur le quasi renvoi lui est étrangère, car la décision des juges du fond est fondée d'une part sur les éléments de fait, d'autre part sur l'interprétation de la loi étrangère, c'est-à-dire sur deux

(1) S. 1923, 1, 129, Clunet, 1923, p. 71.

(2) D. 1920, 1, 49, S. 1921, 1, 305.

(3) S. 1925, 1, 117.

(4) S. 1925, 1, 57.

(5) D. H. 1925, p. 611.

(6) S. 1927, 1, 208, aff. Coff.

points qui échappent précisément au contrôle de la Cour suprême. Mais en réalité, cet arrêt consacre implicitement l'opinion que nous avons émise lorsque nous avons étudié les conflits de juridiction et la détermination du domicile en cas de quasi-renvoi, à savoir que c'est bien la loi étrangère qui doit dire s'il existe sur son territoire un tribunal compétent, et qui, par conséquent, doit caractériser et apprécier le domicile attributif de compétence en ce cas. Si la Cour d'appel n'appliquait pas la loi étrangère à cette recherche d'un tribunal compétent, il est donc hors de doute que la Cour de cassation casserait pour non application de la loi étrangère.

Le plus récent arrêt de cassation concernant le domicile est intervenu le 30 décembre 1929 (1) dans l'affaire Henri Say. Il s'agissait de caractériser le domicile de fait prévu par les articles 3 et 4 de la loi fiscale du 23 août 1871. Le tribunal de la Seine avait admis le 18 février 1928 que le *de cujus* possédait bien un domicile en France au sens de cette loi, tandis que les héritiers prétendaient que les éléments de fait recueillis et retenus ne correspondaient qu'à une simple résidence. La Cour de cassation décida : « Qu'il appartenait au tribunal saisi d'apprécier d'après les faits de la cause et l'intention présumée du défunt si celui-ci avait en France un domicile de fait ou une simple résidence ». Mais il faut se garder de donner à cet attendu le sens formel qu'il paraît avoir ; la preuve qu'il y avait bien en l'espèce une question de droit, c'est que la Cour a commencé par préciser le sens et la portée du mot « domicile », de façon parfaitement claire (nous retrouverons d'ailleurs cet arrêt dans notre seconde partie) ; ensuite, l'arrêt a repris l'exposé des faits constatés par le tribunal, puis il a conclu : « Qu'il résulte de ces faits et circonstances *exactement appréciés* que Henry Say avait en France un établissement qui, pour un Français, constituerait un véritable domicile ». Donc si la Cour de cassation accepte pour vrais les faits souverainement constatés par le tribunal, elle exerce cependant son contrôle sur les *conséquences juridiques*

(1) *Gaz. Pal.*, 4 février 1930.

qui s'en évincent, sur l'*appréciation* qui en a été faite, et qu'elle reconnaît exacte, mais seulement après examen. C'est bien là la consécration de l'opinion que nous avons émise au début de cette section.

Le simple exposé de cette copieuse jurisprudence en montre suffisamment la physionomie. L'idée dominante, c'est que le domicile repose pour une grande part sur des constatations de fait indispensables et souverainement appréciées par les juges du fond ; mais la détermination du domicile comporte également des éléments de droit, éléments qui sont à notre avis primordiaux, et sur lesquels la Cour de cassation peut être amenée à se prononcer. Cette dualité est une conséquence naturelle de la nature même de la conception du domicile.

En résumé, nous pouvons synthétiser comme suit la réponse pratique à la question que nous avons posée comme objet de cette section.

1^o Le point de savoir quelle est la loi applicable à la détermination du domicile est une question de droit ;

2^o Si la loi applicable est la loi française, la fausse application de la notion française de domicile, dans ses éléments constitutifs ou dans ses règles sur le domicile de dépendance, etc... est une question de droit.

3^o Si la loi applicable est une loi étrangère, la fausse application de la notion étrangère du domicile est considérée par la Cour de cassation comme une question de fait. Nous ne partageons d'ailleurs pas cette opinion, mais nous ne pouvons discuter ici la question de la cassation pour violation d'une loi étrangère, question sur laquelle la Cour suprême a pris une position immuable ;

4^o Le point de savoir si les éléments de fait ou d'intention requis par la loi applicable sont réunis dans l'espèce, est une question de fait. Peu importe que la loi applicable soit la loi française ou une loi étrangère.

CONCLUSION

Nous en avons terminé avec le conflit de lois sur la détermination du domicile, qui a fait l'objet de notre première partie.

Avons-nous suffisamment éclairé, élucidé ce problème si important ? En avons-nous acquis une connaissance assez parfaite pour pouvoir affirmer ce que nous voudrions dire, à savoir que ce conflit nous apparaît comme négligeable s'il a été bien compris ?

Qu'on ne se méprenne pas sur le sens de nos paroles. Nous n'avions point l'intention en abordant cette étude, d'ajouter une difficulté aux inextricables conflits qui rendent si épineuse la solution des problèmes de droit international privé, nous avons l'intention au contraire de faire justice de cette difficulté, de prendre le conflit de lois sur la détermination du domicile, trop dangereux parce qu'inexploré, de le mettre en pleine lumière pour en apercevoir tous les détails, et de mesurer ainsi exactement cet obstacle qui encombre à peu près toutes les routes.

Or la solution que nous avons préconisée nous paraît tellement simple, logique et évidente, qu'elle nous semble inéluctable, et que nous sommes tenté de dire que le conflit de lois sur la détermination du domicile ne doit pas normalement se poser c'est-à-dire qu'il ne doit pas embarrasser les tribunaux, être une complication de leur tâche. On nous dira que ce raisonnement est d'une certaine puérilité, qu'il n'est d'ailleurs pas nouveau puisque l'on a maintes fois démontré l'impropriété du terme « conflit de lois », qu'enfin on pourrait peut-être en dire autant de n'importe quel système de solution.

Nous pensons cependant que par sa généralité, par sa souplesse qui épouse absolument toutes les difficultés si variées où intervient le domicile, par sa spontanéité logique qui l'amène immédiatement à l'esprit, notre

système réduit à néant l'obstacle posé par le conflit que nous étudions, obstacle qui s'avère ainsi plus apparent peut-être que réel.

Pour résumer notre opinion dans une formule, nous dirons que le problème est peut-être mal posé, que la détermination du domicile n'est pas une question de conflit de lois, mais une question d'*interprétation de la loi*. Une loi, dont le tribunal a décidé de faire application, a attribué un effet quelconque au domicile, la question est simplement de savoir ce que cette loi entend par domicile et il n'y a pas de conflit possible.

S'il en est véritablement ainsi, si nous avons pu contribuer à dégager une parcelle, si petite soit-elle, du maquis du droit international privé, si même notre effort pouvait permettre à d'autres que nous de compléter et d'achever cette œuvre que nous avons si audacieusement entreprise, notre but serait largement atteint.

DEUXIÈME PARTIE

La notion de domicile en droit international privé français

Nous avons dit que le problème de la détermination du domicile se présentait sur deux plans successifs, ou si l'on veut à deux degrés différents. Le tribunal chargé, dans un but quelconque, de situer le domicile d'un individu, doit d'abord savoir quelle sera la loi applicable à la détermination de ce domicile ; il se trouve donc placé devant un conflit de lois, conflit que nous avons étudié dans notre première partie, et dont nous avons donné la solution que nous estimions être la meilleure. Mais une fois ce problème résolu, il en existe encore un second, c'est celui de la mise en œuvre de la loi reconnue comme normalement compétente pour la recherche de ce domicile. Si cette loi est par exemple la loi anglaise, quels éléments exige-t-elle pour la constitution d'un domicile ? Sont-ce des éléments de fait, des éléments matériels, sont-ce au contraire des éléments intentionnels ? Sont-ce les deux à la fois ? Lesquels ? Et dans quelle mesure ? Voici ce que le tribunal doit se demander. Il doit ensuite appliquer à l'espèce les principes qu'il aura ainsi dégagés, et cette phase ultime ne nous intéressera pas ; mais la précédente, celle qui consiste à rechercher quelle est, dans une loi donnée, la conception, la notion du domicile, celle-là rentre encore dans le domaine de notre étude.

Nous devrions donc logiquement nous livrer à un travail de droit comparé qui passerait en revue la notion de domicile dans les législations les plus diverses. Nous n'entreprendrons pas cette tâche écrasante(1). Ayant pris

(1) Pour la notion du domicile en droit anglais, voir en particulier :

pour titre *De la détermination du domicile en droit international privé français*, nous nous bornerons, dans cette seconde partie, à élucider la notion que nos tribunaux ont à appliquer le plus souvent, c'est-à-dire la notion française de domicile en droit international privé.

Le problème se posera donc dans les conditions suivantes : la loi applicable à la détermination est la loi française, le conflit a été résolu dans ce sens, ou bien (ce qui a été jusqu'ici le cas le plus fréquent), il a été méconnu ; toujours est-il que les tribunaux appliquent la notion française du domicile. En quoi consiste-t-elle ? Notre travail sera surtout maintenant une analyse de la jurisprudence, car c'est dans les décisions de nos Cours et tribunaux que nous allons rechercher les traits caractéristiques d'une notion jusqu'ici extrêmement confuse en l'absence de textes précis.

La première pensée qui vient naturellement à l'esprit serait d'utiliser la seule notion de domicile qui soit définie par le droit français, celle de l'article 102 du Code civil. Ainsi, suivant une théorie bien connue, on projeterait les définitions et qualifications du droit interne sur le plan du droit international.

Mais cette projection n'est pas sans soulever en elle-même de graves objections. La projection d'un plan sur un autre est une opération délicate, et, pour rester dans cet ordre de métaphore, on risque d'aboutir à une déformation. Ce qui est fait pour le droit interne ne l'est pas forcément pour le droit international, car les motifs du législateur peuvent différer dans l'un et l'autre cas (1). Nous constaterons d'ailleurs que, même dans le cas où la jurisprudence applique en droit international privé le titre II du livre I du Code civil, ce n'est toujours qu'après lui avoir fait subir quelques rectifications de détail qui constituent la mise au point nécessaire après

le cours professé à la Faculté de Paris, en 1930-1931 par M. Lévy-Ullmann, les auteurs anglais qu'il cite, surtout Bentwich et Leslie Burgin. Pour les autres pays, cf. cours de M. Barbosa de Magalhaes.

(1) C'est ce que M. Niboyet a fort bien mis en lumière à la Société d'études Législatives (Rapport publié au Bulletin 1928 p. 324 ss).

la projection. Il est donc indispensable d'étudier en quoi elles consistent.

D'autre part, une projection intégrale serait chose impossible, parce que, même en droit interne, la notion du domicile n'est pas une, mais bien diverse. Même en droit interne, le domicile des articles 102 à 110 C. c. n'est pas indispensable pour la compétence, pour les matières fiscales, pour le domicile de secours, pour l'affouage, pour la célébration du mariage. Dans tous les cas, le domicile est affecté de nuances très diverses. Il serait donc indispensable de rechercher ce que deviennent ces différents domiciles en droit international privé. D'ores et déjà nous savons que nous n'aurons pas à nous étonner si nous retrouvons ces variations en étudiant la notion du domicile en droit international privé français.

Il est donc essentiel, après avoir résolu le conflit de lois sur la détermination du domicile, d'élucider la notion qu'en possède la loi française lorsqu'elle est appelée à s'appliquer. Alors seulement nous aurons rempli notre tâche, alors seulement le domicile de l'individu en cause sera connu et déterminé.

Pour faire cette étude nous allons nous inspirer des deux objections que nous venons de faire à la théorie de la projection pure et simple. Tout d'abord la notion de domicile pourra se trouver influencée soit par la nationalité de l'individu, soit par le territoire où se trouve le domicile prétendu, deux éléments qui transforment un litige de droit interne en litige de droit international, c'est pourquoi nous consacrerons notre premier chapitre à *L'influence de la nationalité de l'individu en cause et du territoire de l'établissement prétendu sur la notion française de domicile en droit international privé*.

Après cette étude, nous aurons acquis une connaissance suffisante de la jurisprudence pour étudier dans un chapitre second *Les conceptions directrices françaises de la notion du domicile*. Ce chapitre, où nous examinerons le point de savoir si les principes bien connus de la nécessité, de l'unité et de la sincérité du domicile subsistent en droit international privé, devrait logiquement trouver place en tête de cette seconde partie, mais nous ne

pouvons traiter *a priori* une question qui ne se trouvera résolue qu'après avoir vu la jurisprudence à l'œuvre.

Enfin, dans un chapitre troisième intitulé *Influence de la variété des institutions juridiques sur la notion de domicile en droit international privé français*, nous passerons en revue les différentes notions françaises du domicile qui correspondront toutes à l'un des effets attribués au domicile par la doctrine ou la jurisprudence.

CHAPITRE PREMIER

Influence de la nationalité de l'individu en cause et du territoire de l'établissement prétendu sur la notion française de domicile en droit international privé

Nous allons rechercher dans ce chapitre l'influence de la nationalité de l'individu en cause et du territoire de l'établissement prétendu sur la notion française de domicile en droit international privé. Nous étudierons donc les modifications que ces deux éléments apportent à la notion française du domicile en droit interne, telle que la définit le titre III du livre I du Code civil. La combinaison de l'action simultanée de ces deux éléments nous amène à conclure que le tribunal chargé de la détermination du domicile d'un individu aboutira fatalement à l'une des quatre situations suivantes : le domicile d'un Français est en France ; le domicile d'un Français est à l'étranger ; le domicile d'un étranger est en France ; le domicile d'un étranger est à l'étranger. Il nous faut donc rechercher ce que devient dans chacune de ces quatre situations la notion de domicile que nous fournit le droit interne.

SECTION I

Le domicile des français en France

- § 1. — Hypothèses où le domicile d'un Français en France touche au droit international.
- § 2. — Examen de la notion française dans ce cas : droit au domicile, domicile de choix, domicile matrimonial.
- § 3. — Le domicile de dépendance : domestiques, femmes mariées (aff. Haul et Testasecca ; codification projetée) ; mineurs et interdits.

§ 1. — *Hypothèse où le domicile d'un Français en France touche au droit international*

Au premier abord, il peut sembler singulier de voir une décision de droit international privé dans celle qui fixe en France le domicile d'un Français. Il peut cependant y avoir là un problème de droit international.

En premier lieu, il est évident que lorsque les circonstances de la cause rendent douteux le point de savoir si c'est ou non sur le territoire national que le Français est domicilié, le problème est de droit international par lui-même et non par la solution qu'il reçoit. Ensuite il est évident que l'on se trouve en présence de problèmes de droit international privé dans des hypothèses telles que les suivantes, que l'on peut concevoir, et qui se sont même présentées. Deux Français qui se marient à l'étranger ne sont pas forcément soumis au régime matrimonial de la communauté, il faudra rechercher leur intention, en particulier dans leur domicile matrimonial, et ce dernier pourra alors se trouver en France. Nous avons vu d'autre part que le domicile du Français domestique d'un étranger résidant en France avait donné lieu à de sérieuses difficultés, il en sera de même du domicile de la femme française qui, en épousant un mari étranger, aura conservé sa nationalité, comme la loi de 1927 lui en donne le droit.

On voit donc que les règles auxquelles obéit en pareil cas le domicile des Français en France valent la peine d'être examinées. Nous ne possédons en cette matière que des arrêts ayant statué sur des questions de régime matrimonial et sur la question du domicile des domestiques français du maître étranger. Quelle est, telle qu'elle résulte de ces décisions, la notion française du domicile ? (car il demeure bien entendu que dans les exemples cités dans cette seconde partie c'est la notion française du domicile que les tribunaux ont entendu appliquer).

§ 2. — *Examen de la notion française dans ce cas*

Tout d'abord, il n'est contesté par personne que dans de telles hypothèses, le Français peut avoir son domicile en France.

S'il s'agit d'un domicile de choix, ce sera celui défini par l'article 102 C. c. : « Le lieu du principal établissement ».

S'il s'agit du domicile matrimonial, qui est bien un domicile de choix, mais spécial à l'institution du mariage, les tribunaux appliquent la notion qu'ils se sont forgée de ce domicile particulier, et que nous retrouvons plus loin, car elle ne comporte pas de variante suivant la nationalité des époux. Cette expression, dont le contenu est assez flottant, se résout cependant en des éléments assez précis pour la différencier nettement du domicile de l'article 102.

§ 3. — *Le domicile de dépendance*

Mais le point le plus important concerne à coup sûr le domicile de dépendance. En droit interne français, d'après les articles 108 et 109 C. c., le mineur est domicilié chez ses parents ou tuteur, la femme mariée chez son mari, le domestique chez son maître. Or, la décision qui fixe en France le domicile d'un Français ne le fait parfois qu'en violation de ces règles précises : c'est donc que les règles internes sur le domicile de dépendance des Français ne s'appliquent pas *ipso facto* en droit international privé, la notion française de domicile n'est par conséquent pas identique en droit interne et en droit international privé.

N° 1. — *Domicile du domestique.* — Nous avons vu en effet que les arrêts de cassation des 5 mai 1909, 1^{er} avril 1912 et 23 avril 1925 (1) ont décidé que le domestique français de l'étranger non admis à domicile en France

(1) S. 1912, 1, 525, 3^e espèce ; S. 1912, 1, 228 ; S. 1927, 1, 57.

pouvait avoir en France son domicile, s'il y possédait son principal établissement. Nous avons donné plus haut l'explication pratique de ces arrêts : c'est qu'ils ont statué en matière électorale. M. Niboyet en donne, nous l'avons dit, une explication différente et plus juridique : les étrangers n'ont pas droit, en principe, à un domicile en France, les Français, au contraire, possèdent ce droit comme un privilège intangible de leur nationalité ; lors donc que les règles du domicile de dépendance conduiraient à fixer le domicile d'un Français chez un étranger, il faut écarter l'application de ces règles pour sauvegarder le domicile en France du Français.

N° 2. — *Domicile de la femme mariée, aff. Huel et Testasecca, codification projetée.* — Cette explication est fondée sur une analyse exacte de la théorie jurisprudentielle du droit au domicile. Nous avons dit que nous ne pensions pas cependant qu'elle ait été le mobile des arrêts incriminés ; mais si la jurisprudence voulait être logique avec elle-même, elle devrait écarter les règles du domicile de dépendance non seulement pour la détermination du domicile du domestique de l'étranger en quelque matière que ce soit, mais encore dans tous les autres cas où l'application de ces règles conduit à domicilier un Français chez un étranger. Elle devra donc l'écarter pour la détermination du domicile de la femme mariée française qui a conservé sa nationalité en épousant un étranger.

Cette situation, qui va devenir très fréquente grâce à la loi du 10 août 1927, était assez difficile à réaliser auparavant (art. 19 C. c., modifié par la loi du 26 juin 1889). Cependant l'arrêt de la Cour de Douai, rendu le 3 août 1858 (1) dans l'affaire Huel, y était parvenu ; ayant décidé que la naturalisation du mari n'entraînait pas celle de la femme, il eut à déterminer le domicile de cette dernière et il refusa en effet d'appliquer l'article 108 et de domicilier la femme chez son mari. Il y a donc un précédent jurisprudentiel pour refuser un domi-

(1) S. 1858, 2, 513.

cile de dépendance à la femme mariée restée française. Il est à noter que les arguments mis en œuvre par le tribunal d'Arras et la Cour de Douai et développés dans une note au Sirey par M. Le Gentil qui avait participé au jugement, sont bien ceux (à peu de chose près) construits par M. Niboyet sur les tendances générales de la jurisprudence. Mais pour ne pas exagérer l'importance de cet arrêt, nous devons dire qu'il fut rendu dans un cas d'espèce (1). Les juges ont décidé que le domicile de la dame Huel était en France pour pouvoir se déclarer compétents et rejeter son déclinatoire qui, dans les circonstances de la cause, était d'une cynique mauvaise foi.

Depuis la loi de 1927, la Cour de cassation a rendu le 1^{er} août 1930 (2) un arrêt dans les circonstances suivantes : la dame Combe de Lestrade, qui avait épousé le 29 avril 1916 l'Italien Testasecca, se fit réintégrer dans la nationalité française le 23 décembre 1927 par application de la loi du 10 août précédent. Cette femme française demandait la séparation de corps contre son mari étranger.

« Attendu que d'après le pourvoi la femme mariée devant présenter sa requête aux fins de séparation de corps au président du tribunal de son domicile, et n'ayant légalement d'autre domicile que celui de son mari, l'arrêt attaqué ne pouvait reconnaître la compétence du tribunal de Toulouse, puisque la dame de Lestrade, mariée à Testasecca, domicilié à Caltanisetta (Italie), y était également domiciliée ;

Mais attendu qu'en matière d'action à intenter en France contre un étranger qui n'y a ni domicile ni résidence, c'est devant le tribunal du demandeur qu'elle doit être portée ;

Attendu dès lors que la dame de Lestrade, étant redevenue Française, et ayant, d'après les constatations souveraines des juges du fait, son *principal établissement* dans le ressort du tribunal de Toulouse, a pu valablement

(1) Cf. l'exposé de cette affaire, chap. IV, section III, p. 197.

(2) D. H., 1930, p. 522.

intenter, devant ce tribunal, une action en séparation de corps contre son mari italien et ne possédant en France ni domicile ni résidence ».

Il semble donc que la jurisprudence écarte dans ce cas la présomption de domicile de l'article 108 C. c. et s'en tient à la définition de l'article 102. Cette solution est d'ailleurs indispensable pour l'application des règles sur la compétence générale : l'affaire Hauler permet ainsi de faire jouer l'article 15 C. c., l'affaire Testasecca permet de faire jouer l'article 14 C. c.

C'est ce que se propose de sanctionner le projet adopté par la Société d'Etudes législatives dont l'article 6 dispose : « L'alinéa 1 de l'article 108 C. c. est ainsi conçu : « La femme mariée n'a d'autre domicile que celui de son mari. Toutefois la femme française mariée à un étranger qui n'a pas de domicile en France, peut y avoir elle-même son domicile lorsqu'elle remplit les conditions des articles 102 à 105 du présent Code ». M. Niboyet explique ainsi dans son rapport cette disposition (1) : « Si la femme française peut conserver sa nationalité, il faut aussi qu'elle puisse conserver son domicile. Cela paraît évident si l'on ne veut pas aller à l'encontre même du mécanisme de la loi de 1927 », et il s'exprime ainsi à la séance du 31 janvier 1930 (2) : « Il convient de prévoir l'hypothèse où le mari a un domicile à l'étranger et où la femme est Française. Une femme française a le droit de conserver un rattachement avec son pays. Il n'est pas admissible qu'un Français n'ait pas de domicile en France ». Il est bien entendu que cette dérogation ne s'applique qu'au cas où le mari étranger est domicilié à l'étranger : « Inversement, par contre, lorsque son mari sera domicilié en France, elle ne pourra pas avoir d'autre domicile que celui-ci » (3).

N° 3. — *Domicile du mineur et de l'interdit.* — De même devra-t-on logiquement refuser de domicilier le mineur français non émancipé chez son tuteur étranger.

(1) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1928, p. 327 et ss.

(2) *Bulletin de la Société d'Etudes législatives*, 1930, p. 78.

(3) M. Niboyet dans son rapport.

Puisque la jurisprudence a finalement reconnu aux étrangers le droit d'être tuteurs (1), il n'est pas impossible qu'un étranger soit le tuteur d'un Français, par exemple de son neveu ; il est également possible que ce tuteur étranger habite à l'étranger, devra-t-on appliquer l'article 108 et dire que le mineur français est domicilié à l'étranger chez son tuteur, ou au contraire lui conserver son domicile en France, au mépris des règles sur la dépendance ? La jurisprudence, à notre connaissance, ne s'est pas encore prononcée ; il nous paraît vraisemblable que pour des raisons politiques et pratiques elle adopterait le second parti.

La Société d'Etudes législatives n'a pas pris position sur cette difficulté qui présente tant d'analogies avec la précédente.

Le raisonnement sera le même vis-à-vis du majeur interdit dont le domicile se trouve, d'après l'article 108, chez son tuteur, qui peut être un étranger. Là encore, il nous semble que si l'étranger n'a pas de domicile en France, la jurisprudence, tout en appliquant la loi française à la détermination du domicile, ne suivra pas la disposition de l'article 108 C. c.

On voit donc que même pour la fixation du domicile du Français en France, les règles posées par le livre I, titre III du Code civil, ne subsistent pas intégralement en droit international privé. La notion française du domicile, en ce cas, n'est pas purement et simplement celle du droit interne ; s'il s'agit d'un domicile de choix, ce sera bien celui de l'article 102 C. c., mais si d'après la réglementation établie par le Code civil, l'individu en question est domicilié chez un étranger, on n'acceptera ce domicile de dépendance qu'à la condition que cet étranger soit lui-même domicilié en France. Nous verrons dans la section III dans quelles circonstances il peut en être ainsi.

A vrai dire, nous ne voyons pas quel principe juridique

(1) Cassation, 16 février 1875, S. 1875, 1, 193 ; D. 1876, 1, 49, aff. du Breignon ; Paris, 21 août 1879, S. 1880, 2, 81 ; Seine, 13 décembre 1892, sous Cassation, 10 novembre 1896, D. 1899, 1, 109, note de M. Léon Michel ; Nancy, 29 octobre 1898, D. 1899, 2, 209, aff. Dardenne,

peut justifier cette restriction. La femme qui épouse un étranger, le domestique qui entre au service d'un étranger, accomplissent un acte volontaire d'où l'on peut déduire une renonciation à leur domicile en France ; seul le domicile du mineur non émancipé ou du majeur interdit n'est pas libre, mais ne peut-on pas dire que c'est le conseil de famille qui agit pour l'incapable hors d'état de manifester légalement sa volonté ? En réalité, pour justifier théoriquement la solution jurisprudentielle, il faudrait aller plus loin (et c'est ce que l'arrêt Huel n'a pas hésité à faire, de même que la Société d'Etudes législatives qui s'est orientée en ce sens par son projet de modification de l'article 102 C. c.), il faut dire non seulement que le Français a droit à un domicile en France, mais que ce domicile est indispensable, inéluctable, qu'il ne peut être *qu'en* France. Or, nous allons voir maintenant que la jurisprudence a abandonné cette proposition.

SECTION II

Le domicile des français à l'étranger

- § 1. — Droit au domicile : un Français peut-il avoir son domicile à l'étranger : n° 1. La doctrine, adversaires ; n° 2. Partisans ; n° 3. La jurisprudence ; n° 4. Codification projetée.
- § 2. — Notion française du domicile du Français à l'étranger : n° 1. Domicile de choix ; n° 2. Domicile de dépendance ; n° 3. Autres modalités ; n° 4. Conclusion.

Le domicile du Français à l'étranger ne devrait pas obéir à d'autres règles que le domicile du Français en France. Il s'agit de déterminer le domicile d'un Français, on examine les faits par rapport à une certaine conception, on aboutit à fixer le domicile recherché en France ou à l'étranger ; mais si la solution varie, le procédé de solution doit normalement rester le même. La notion française du domicile devrait donc être la même dans cette section que dans la précédente. Mais avant d'élucider ce point, il nous faut résoudre une question importante, question théorique, question de jouissance de droit, ou de « condition des étrangers », question que la

précédente section nous a précisément amené à formuler : un Français peut-il avoir son domicile à l'étranger ?

§ 1. — *Un français peut-il avoir son domicile à l'étranger ?*

La doctrine et la jurisprudence se sont longuement expliquées sur ce point.

N° 1. — *La doctrine : les adversaires.* — Un des premiers auteurs qui ait abordé la question fut Demolombe (1). Sa grande autorité fit prévaloir un temps l'opinion qu'il soutint. Pour lui « un domicile en pays étranger est, en ce qui concerne la loi française, comme s'il n'existait pas, car il ne saurait sous aucun rapport, remplacer le domicile en France ; donc c'est d'un établissement en France qu'il est question dans l'article 102 C. c. » ... « j'ajoute, dit il encore, que l'établissement du Français en pays étranger, tant qu'il ne s'y fait pas naturaliser, ne présente pas les caractères de durée, de fixité, qui constituent le domicile ; le Français est toujours présumé conserver l'esprit de retour, et n'être dès lors que plus ou moins temporairement en pays étranger ».

Foelix (2) partagea la même opinion, mais c'était là une conséquence logique de son système qui identifie le domicile à la nationalité. Nous avons vu au surplus (3) que l'on pouvait relever chez lui à ce sujet une certaine contradiction.

Demante garda sur la question une attitude indécise (4)

Un des derniers auteurs qui se rallia à ce système fut Louiche-Desfontaines dans sa thèse (5) : « les travaux préparatoires, dit-il, n'ont jamais envisagé l'hypothèse d'un Français domicilié à l'étranger ; les textes de lois n'en font aucune mention (l'art. 3 C. c. vise au contraire les

(1) I, § 349.

(2) Ed. DEMANGEAT, I, p. 58.

(3) I^{re} partie, chap. II, section I.

(4) I, § 242 *bis*.

(5) P. 131.

Français *résidant* à l'étranger) et l'état des esprits à la période impériale n'était guère favorable aux échanges internationaux ».

N° 2. — *La doctrine : les partisans.* — Mais nous estimons que la vérité est dans la théorie adverse qui admet au contraire la possibilité pour un Français de posséder son domicile à l'étranger. La nationalité et le domicile sont deux notions parfaitement différentes et qui peuvent exister indépendamment l'une de l'autre. Elles ont chacune un rôle distinct, en particulier en droit français, et leur confusion ne peut être que regrettable. Rien dans l'essence du domicile n'exige la fixation de ce lieu sur le territoire national, c'est une hypothèse normale, mais non pas une situation nécessaire. L'ancien droit, qui rapprochait pourtant ces deux notions, paraît bien avoir admis qu'un Français pouvait être domicilié à l'étranger sans perdre sa nationalité (1). Rien dans les textes qui régissent la matière n'exclut la possibilité d'un domicile sur une terre étrangère.

Les termes de l'article 102 sont d'une généralité formelle : « le domicile de tout Français... est au lieu où il a son principal établissement ». Ce principal établissement peut en fait se trouver à l'étranger, dès lors, est-ce que le domicile ne s'y trouve pas également *ipso facto* ?

L'article 69-8° proc. prévoit le cas où le défendeur n'a en France « aucun domicile connu » ; et le même article 9° (loi du 8 mars 1882) celui des individus « qui sont établis à l'étranger », (la loi du 11 mai 1900 en a fait le 10° de l'article 69 et a dit « ceux qui habitent à l'étranger ») ; l'article 74 du même Code vise une assignation « à une partie domiciliée hors de France » et délivrée en France à sa personne. Rien ne permet d'affirmer que ces articles ne visent que les étrangers, il y a tout lieu au contraire de leur accorder un sens général.

(1) LOYSEL, I, règle 49, qui cite l'exemple de Gilles Gombault, domicilié à Gênes ; et Basnage, II, p. 496 sur l'article 546 de la coutume de Normandie, qui rapportant l'affaire de la Fontelaye, affirme « qu'il n'était pas besoin qu'il eut pris des lettres de naturalité pour établir son domicile à Maestricht », ce que confirme l'arrêt intervenu en cette affaire le 17 juin 1679.

Un argument curieux a en outre été tiré de la loi du 27 juillet 1872 sur le recrutement de l'armée dont l'article 35 dispose : « tout homme inscrit sur le registre matricule qui entend se fixer en pays étranger est tenu dans sa déclaration à la mairie de la commune où il réside, de faire connaître le lieu où il va établir son *domicile*. »

Enfin des traités internationaux prévoient le cas de Français domiciliés à l'étranger (traité franco-suisse du 15 juin 1869, art. 2).

L'exigence de Demolombe et de la première jurisprudence au sujet de la perte de l'esprit de retour était en contradiction avec l'article 17 C. c. que modifia la loi du 26 juin 1889 ; cet article en effet prévoyait que l'établissement à l'étranger sans esprit de retour faisait perdre au Français non seulement son domicile, mais encore sa nationalité. Du reste de multiples arrêts ont décidé depuis que le caractère définitif du nouvel établissement n'était pas nécessaire pour qu'il y eût changement de domicile, même en droit interne (1) ? Ainsi en est-il en droit international privé.

A l'opinion qui autorise le Français à acquérir un domicile à l'étranger se sont rangés d'ailleurs presque tous les auteurs (2) aussi bien les auteurs de droit international que les auteurs de pur droit interne.

(1) Cassation, 22 mars 1893, S. 1893, 1, 320 ; 30 mars 1896, S. 1897, 1, 100 ; 7 mai 1907, S. 1908, 1, 150. Il faut en effet souligner et nous le faisons ici une fois pour toutes, quelle est la nature de l'intention requise en ce cas. Tous les auteurs qui s'en sont préoccupés (en particulier Colin, note au D. 1907, 2, 1) sont unanimes : il s'agit de l'intention de fixer son principal établissement et non pas de l'intention d'être domicilié, opposition que font ressortir les expressions latines : *animus manendi*, et non pas *animus domicilii*. Si l'individu possède quelque part son principal établissement, et qu'il a d'autre part la volonté de le fixer dans cet endroit, il y est inéluctablement domicilié aux yeux de la loi française, même si cela ne lui plaît pas. L'*animus domicilii* est du domaine de la volonté pure ; ce que nous appelons ici l'*animus manendi* (et qui n'a peut-être pas tout à fait le sens qu'on lui donne en Angleterre) est une intention qui porte sur un fait, elle ne se meut qu'entre certaines limites que ce fait lui impose.

(2) CHAVANNES, p. 120 ; ANCELLE, p. 107 ; AUBRY et RAU, I, § 141, et note 4, qui exigent une appréciation très sévère des faits ; BROCHER, I, p. 250, § 78 ; LAURENT, *Droit civil*, II, p. 92, § 67, qui juge la solution évidente ; GERBAUT, p. 394, § 302 ; MASSÉ et VERGÉ sur ZACCHARIAE, I,

N° 3. — *La jurisprudence.* — La jurisprudence elle-même s'est ralliée à l'opinion dominante, Tout d'abord elle avait exigé la renonciation à l'esprit de retour, et la Cour de Paris le 30 juillet 1811 (1) refusa de domicilier aux Indes le sieur de Saint-Germain qui était mort à Chandernagor après soixante années de résidence ininterrompue dont quarante ans comme gouverneur de la colonie. La même solution intervint plusieurs fois dans des circonstances analogues (2). On ne refuse peut-être pas au Français un domicile à l'étranger en principe, mais ce refus résulte cependant des exigences pratiques.

La Cour de Douai le 25 février 1836 confirma un jugement du tribunal de Valenciennes décidant qu'un Français a nécessairement son domicile en France, et la Chambre des Requêtes le 17 janvier 1837 (3) rejeta le pourvoi en ne voyant dans la détermination du domicile qu'une question de fait qui échappait à sa compétence.

Ainsi que l'exposa Le Gentil dans sa note au Sirey 1858-II, p. 513, le jugement d'Arras rendu dans l'affaire Huel et confirmé par la Cour de Douai le 3 août 1858, reposait pour une importante partie sur cette proposition, à savoir qu'un Français devait nécessairement être domicilié en France.

Un arrêt de la Cour de Pau du 3 juin 1864 (4) fut un des premiers à affirmer que le domicile du Français peut se trouver à l'étranger si le principal établissement y est situé, aussi fit-il quelque bruit à l'époque, on rappela un

§ 90, p. 124, note 4 ; HUC, I, § 370 ; PALLAMARY, p. 134 ; FIORE, trad. ANTOINE, I, p. 486, § 422, qui voit là une conséquence du respect de la liberté individuelle, et qui trouve naturel que l'individu puisse transporter son domicile à l'étranger puisqu'il peut même dépouiller la nationalité qu'il porte ; il blâme à ce propos le n° 426 du règlement législatif judiciaire des Etats Pontificaux du 10 novembre 1834 qui entoure de formalités le transfert du domicile à l'étranger ; CHAMPCOMMUNAL, p. 334 ; DEMANGEAT sur FOELIX, I, p. 57, note a ; LOISEAU, p. 120 ; BAUDRY et HOUQUES, I, § 1019 ; VALÉRY, § 354, p. 462 ; DESPAGNET, p. 187, § 158 ; WEISS, II, p. 435.

(1) *S. chron.*

(2) Cassation, 25 août 1813 ; 26 janvier 1836, *S.* 1836, 1, 217 ; Montpellier, 5 août 1836, *S.* 1837, 2, 220.

(3) *S.* 1837, 1, 701.

(4) *S.* 1865, 2, 105, *aff. Lalanne.*

arrêt de Toulouse du 7 décembre 1863 qui, en réalité, n'est pas concluant, et l'on approuva cette solution en demandant simplement aux juges une grande circonspection en semblable occurrence.

Le 21 juin 1865 (1) la Chambre des Requêtes rejeta le pourvoi dirigé contre l'arrêt de Paris du 14 décembre 1863 qui avait jugé le sieur Parrain, Français, domicilié à Rome. Cette fois-ci, la Cour de Cassation aborda franchement la question qui formait d'ailleurs l'unique moyen du pourvoi ; elle affirma que la généralité des termes de l'article 102 C. c. et le rapprochement avec les articles 59 proc. et 17 C. c. ne permettaient pas de refuser à un Français le droit d'avoir son domicile à l'étranger.

Du reste, peu de temps après, une nouvelle affaire vint apporter à la question une solution définitive. Le tribunal de Lons-le-Saulnier, saisi de la liquidation de la succession du nommé Jeannin, mort à Bologne en 1855 où il résidait depuis 1810 jugea que le *de cujus* avait conservé son domicile en France, bien qu'il ait quitté le territoire national depuis 1791. La Cour de Besançon le 15 janvier 1865 infirma le jugement en ces termes : « considérant que pour tout Français le domicile est le lieu de son principal établissement, que cette règle est absolue ; que le domicile diffère de la nationalité ; qu'il n'est subordonné ni à la conservation de la qualité de Français, ni à la création d'un principal établissement en France, ni à l'esprit de retour ; qu'une prohibition formelle pourrait seule empêcher le Français d'établir son domicile à l'étranger, qu'une telle prohibition n'existe pas ; qu'elle est contraire à l'esprit de la loi qui permet à l'étranger d'avoir son domicile en France, et au texte de l'article 102 qui n'établit aucune restriction territoriale et se borne à opposer le domicile civil au domicile politique ; qu'il est permis d'avoir plusieurs résidences, mais que le domicile est toujours unique et qu'il ne cesse jamais d'être là où se trouve le principal établissement, caractérisé en droit par l'intention et l'habitation réelle ». Le pourvoi

(1) D. 1865, 1, 418.

contre cet arrêt est rapporté au Sirey 1868-I-257 ; il résume d'une façon très forte les arguments fournis en faveur de la thèse que nous combattons. La Cour de Cassation y répondit le 27 avril 1868 (1) dans les termes suivants : « attendu qu'il résulte des dispositions des articles 15, 110 et 112 C. c. et 69-9^o proc. que l'établissement principal d'un Français à l'étranger peut, selon les circonstances, y constituer légalement son domicile ». Cet arrêt était d'autant plus remarquable que la Cour cassa l'arrêt de Besançon sur un autre moyen (droit de prélèvement) et que cette solution entraîne application de la loi étrangère à la dévolution de la succession ; elle entraîne même l'incompétence des tribunaux français et c'est ce que la Cour de Besançon avait logiquement reconnu.

Dès lors, la jurisprudence était fixée (2). Le 22 juin 1885 (3) la Cour de Pau reconnut qu'un Français était domicilié à l'étranger où il était mort après vingt-deux ans de résidence. Le 6 mars 1888 (aff. Portalis) la Chambre des Requêtes admit qu'une Française était domiciliée dans le lieu (Egypte) où elle habitait depuis seize ans et non à Beyrouth où elle avait résidé dans les huit mois précédant sa mort, et qu'elle avait frauduleusement fait passer pour être son domicile lors d'une précédente instance. Le 11 mai 1897 (4), la Chambre des Requêtes réglant de juges déclara que le véritable domicile d'un Français se trouvait, non en France, mais à Constantinople et que c'était là en conséquence qu'il devait être assigné. De même, le 22 octobre 1900 (5), elle décida que le domicile de la dame de Migieu, Française, était à Monaco, et que par suite les tribunaux français étaient incompétents pour liquider sa succession.

(1) S. 1868, 1, 257 ; D. 1868, 1, 302.

(2) Un jugement de la Seine du 8 avril 1875, Clunet, 1876, p. 103, aff. Caron, s'est cependant montré encore exagérément difficile dans l'appréciation des circonstances permettant de domicilier un Français à l'étranger. De même un jugement de Bordeaux du 29 novembre 1882 (Clunet, 1883, p. 296).

(3) D. 1886, 2, 181, Clunet, 1887, p. 479 et 611.

(4) S. 1897, 1, 325.

(5) D. 1900, 1, 520 ; S. 1901, 1, 88.

La Cour de Cassation par deux arrêts des 24 mars 1908 et 15 mars 1909 (1) régla la question des droits politiques en décidant que lorsque le Français avait transporté son principal établissement à l'étranger, il pouvait exercer ses droits au lieu de son dernier domicile en France. Mais il y avait encore là la confirmation implicite de la jurisprudence antérieure, car la Cour Suprême spécifia que le Français restait attaché à son dernier domicile « pour l'exercice de ces droits (civils et politiques) ».

La Chambre des Requêtes le 2 décembre 1913 (2) reconnut comme une chose naturelle que le sujet français Eugène Krafft était domicilié à Saint-Petersbourg où il était mort. Enfin un des arrêts les plus récents est celui de la Cour d'Aix du 22 juin 1921 (3) décidant que le sieur Blanchong, Français, devait être assigné à Constantinople où se trouvait son domicile.

La question, nous le répétons donc, est maintenant tranchée depuis longtemps. Nous pouvons nous appuyer à la fois sur la doctrine et sur la jurisprudence pour affirmer : oui, le domicile du Français peut être fixé à l'étranger.

N° 4. — *Codification projetée.* — Mais le fait que le Français a acquis un domicile à l'étranger lui a-t-il fait perdre tout domicile en France ? Ainsi le voudrait le principe français de l'unité du domicile, d'après lequel chaque individu ne peut avoir son domicile qu'en un seul lieu à la fois. Pourtant nous avons vu que la Cour de Cassation admettait que le Français domicilié régulièrement à l'étranger conservait en France son domicile électoral (24 mars 1908 et 15 mars 1909). Il est en effet certains effets qui ne peuvent être produits que par un domicile en France (électorat, mariage, etc...).

Aussi le projet étudié par la société d'Etudes législatives sous le nom de question n° 73 prévoit l'addition suivante à l'article 102 : « Pour l'exercice de ceux de ces droits qui supposent nécessairement un domicile en

(1) S. 1912, 1, 470, Clunet, 1913, p. 1235.

(2) D. 1914, 1, 33 ; S. 1914, 1, 83.

(3) Clunet, 1921, p. 574.

France, le Français même fixé en pays étranger est considéré comme ayant un domicile en France :

1° au lieu de son dernier domicile en France.

2° à défaut de ce domicile au lieu de sa dernière résidence connue en France.

3° en l'absence de domicile et de résidence, au lieu de sa naissance, et s'il est né en pays étranger, au domicile élu par lui en France en vertu d'une déclaration faite au Consul de France (1).

Le projet primitif de M. Niboyet était infiniment plus rigoureux, son article 1 était ainsi conçu (2) : « Un Français ne perd son domicile en France que s'il joint à son établissement en pays étranger une déclaration faite au Consul de France ; aucune autre circonstance ne peut suppléer à cette déclaration ; il faut, en outre, que la loi du pays où il est établi lui reconnaisse un domicile dans ce dernier pays » ; et son article 2 : « le Français peut toujours récupérer son domicile en France, s'il fait une nouvelle déclaration contraire à celle prévue à l'article 1 bien qu'il continue à vivre en pays étranger ».

Dès la séance du 7 juillet 1928, on avait renoncé à contrecarrer la jurisprudence sur le droit au domicile du Français à l'étranger et on se contentait d'un domicile secondaire et supplétif en France en cas de besoin. M. Niboyet explique ainsi dans son rapport cette innovation (3) « un Français peut acquérir un domicile hors de France, mais cela ne suffit pas nécessairement pour qu'il perde tout domicile en France... Sans admettre la pluralité des domiciles, que notre droit rejette, rien n'empêche de décider qu'il existe nécessairement un lieu en France où tout Français pourra exercer ceux de ses droits qui s'y trouvent subordonnés... La commission est partie de cette idée qu'un national ne peut pas ne pas avoir un domicile en France, domicile à effets limités, il est vrai... Le projet comble, à l'égard de nos nationaux une lacune indéniable de la législation ».

(1) Art. 5 du projet définitif, Bulletin, 1930, p. 175.

(2) Bulletin, 1928, p. 346.

(3) Bulletin, 1928, p. 326.

Comme le dit d'autre part M. Niboyet (1) à la séance du 31 janvier 1930 de l'assemblée de la Société d'Etudes Législatives, il s'agit là d'une sorte de « port d'attache » destiné à permettre au Français de pouvoir exercer ses droits civils attachés au domicile en France. Il a été précisé que ce domicile ne pourrait être invoqué en matière de succession et de compétence (2) et, en fait, il semble avoir été prévu surtout pour le droit de vote et l'organisation de la tutelle. Mais il nous paraît qu'on devra l'étendre à certaines questions de compétence, en particulier à la compétence générale de l'article 15 C. c., et au besoin, de l'article 14 C. c. La question du lieu de ce domicile subsidiaire a donné lieu à d'assez longues discussions au sein de la commission.

Quoiqu'en dise M. Niboyet, nous voyons là une atteinte au principe de l'unité du domicile et par là une différence essentielle entre la notion française du domicile en droit interne et la notion française de domicile en droit international privé. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce point dans notre chapitre II.

§ 2. — *Notion française du domicile du français à l'étranger*

Il nous faut examiner maintenant dans quel cas on pourra dire qu'un Français est domicilié à l'étranger. Quelle est la notion de domicile employée en semblable occurrence par nos tribunaux ? C'est par hypothèse, une notion française, mais il faut que nous l'analysions, que nous la caractérisions.

N° 1. — *Le domicile de choix.* — M. Valéry a indiqué formellement (3) que le domicile en ce cas était celui prévu et réglementé par les articles 102 à 106 C. c., comportant des éléments de fait et d'intention, cette dernière résultant normalement des déclarations visées à

(1) Bulletin, 1930, p. 78.

(2) Séance du 19 octobre 1928, Bulletin, 1928, p. 355.

(3) § 354, p. 462.

l'article 104 C. c., pourvu qu'elles soient sérieuses et non fictives (Aff. Lebaudy).

Il semble bien que cet auteur soit dans le vrai ; la détermination du domicile d'un Français en droit international privé français doit normalement se faire à l'aide de la seule définition législative que nous possédions du domicile, celle qui vise précisément le domicile de « tout Français ». Nous avons déjà dit que nous devions aboutir aux mêmes résultats dans cette section que dans la section précédente, que la détermination du domicile du Français devait se faire à l'aide de la même notion dans un cas comme dans l'autre, puisque c'était seulement à l'issue de cette détermination que l'on pouvait savoir sur quel territoire le domicile était situé.

En effet, ici comme précédemment, le domicile de choix est bien celui de l'art. 102. D'ailleurs, c'est précisément la généralité des termes de cet article qui a été invoquée pour justifier la légitimité d'un domicile en territoire étranger.

L'arrêt de la Cour de Pau du 6 juin 1864 (1) adoptant les motifs du tribunal de Bayonne du 25 avril 1863, constata : « que Lucien Lalanne est décédé à Guallegaychu où il avait son principal établissement, et par conséquent son domicile ». De même dans l'affaire Parrain (2) la Cour de Paris remarqua le 14 décembre 1863 : « que c'est dans la ville de Rome que Parrain avait, à l'époque de son mariage, son principal et d'ailleurs unique établissement ». On retrouve la même notion dans toutes les affaires que nous avons déjà citées : « principal établissement » (aff. Lalanne, aff. Jeannin, aff. Blanchong), « principal et unique établissement » (aff. Parrain ; aff. de Migieu) « seul et unique établissement » (Pau 22 juin 1885). « Longue résidence dans une ville étrangère, jointe à des déclarations répétées dans des actes publics qu'on y a établi son domicile » (aff. Portalis). Voici enfin les éléments retenus par la Cour de Cassation réglant de juges le 11 mars 1897 (3) pour fixer le domicile d'un français à

(1) S. 1865, 2, 105, aff. Lalanne.

(2) D. 1865, 1, 418.

(3) S. 1897, 1, 325.

Constantinople : résidence ininterrompue depuis de longues années, immatriculation sur les registres du Consulat de France, inscription sur la liste des notables, tenue d'une maison de commerce. Dans l'affaire jugée par la Cour d'Aix le 22 juin 1921, Blanchong vivait en Orient depuis 36 ans, et dirigeait depuis plusieurs années le lycée français de Galata-Sérai.

Il est donc hors de doute que, dans tous les cas de domicile de choix, la notion du domicile qui a été appliquée est bien celle qui est définie par l'article 102 C. c. sur le domicile des Français en droit interne.

N° 2. — *Le domicile de dépendance.* — En est-il de même pour le domicile de dépendance ? Peut-on fixer le domicile d'un Français à l'étranger par le jeu des articles 106 à 108 C. c. ? Les auteurs ne se prononcent pas. M. Valéry ne parle, nous l'avons vu, que des articles 102 à 106 C. c. Est-ce que cela emporte l'exclusion des autres ? Cela est douteux ; en tout cas dans une dissertation au Clunet 1928 p. 592, ce même auteur parle explicitement du domicile de la femme française mariée à un étranger, lequel obéit, dit-il, à l'article 108 C. c. En jurisprudence nous n'avons découvert aucune décision adoptant cette solution, au contraire.

On se rappelle en effet les remarques que nous avons faites dans la section précédente, et comment la jurisprudence écarte précisément les articles 106 à 108 C. c. pour fixer en France le domicile des incapables français, domestiques et femmes mariées. Si l'application des règles françaises sur le domicile de dépendance conduit à fixer chez un étranger demeurant à l'étranger le domicile d'un Français, les tribunaux refusent d'en tenir compte, et s'en tiennent au domicile de l'article 102 C. c. Nous avons d'ailleurs dit que le projet actuel de modification de l'article 108 C. c. consacrait cette solution pour la femme française épouse d'un étranger.

Appliquerait-on par contre les articles 106 à 108 C. c. au domicile de dépendance d'un Français domicilié chez un Français à l'étranger ? Nous n'avons aucun exemple sur ce point. Mais nous ne voyons aucune raison de

décider le contraire. Du moment qu'il est admis qu'un Français peut être domicilié à l'étranger, il n'y a pas lieu de distinguer si ce domicile est un domicile de choix ou un domicile de dépendance, puisque tous deux ont exactement les mêmes fonctions, et reposent au fond sur le même principe. Il n'y a pas lieu non plus, pour la souveraineté française, d'appliquer au domicile de ses sujets des règles différentes en droit international privé et en droit interne.

Nous ne comprenons donc pas l'attitude sur ce point de la jurisprudence. Nous expliquons les rares arrêts intervenus par des considérations pratiques et non par les arguments juridiques un peu spécieux dégagés par M. Niboyet (et qui ne pourraient d'ailleurs s'appliquer au domicile de dépendance d'un Français chez un autre Français à l'étranger). Si nous croyons que les arrêts futurs prendraient la même position, c'est parce que nous pensons que les considérations pratiques, voire même politiques, seraient encore prépondérantes (1), parce que l'on hésitera toujours à domicilier un Français hors de la souveraineté qui le régit, et surtout un incapable, un être qui a particulièrement besoin de la protection nationale. C'est le caractère de droit public de certains éléments du domicile qui explique la résistance que l'on ressent ici ; mais la preuve que ce caractère n'est pas essentiel, qu'il n'y a pas d'ordre public intéressé, c'est que précisément le principe en lui-même est intact ; il est bien établi et universellement admis qu'un Français peut avoir son domicile à l'étranger.

N° 3. — *Autres modalités du domicile.* — En ce qui concerne les autres modalités du domicile, domicile d'origine et domicile élu, nous n'avons relevé aucune décision de jurisprudence les concernant, aucune allusion à leur détermination chez les auteurs. Nous pensons que la conception de ces différents domiciles reste la

(1) La preuve en est que le projet de la Société d'Etudes législatives est directement et ouvertement inspiré par des considérations politiques et d'intérêt national.

même en droit international privé qu'en droit interne lorsqu'il s'agit de caractériser le domicile d'un Français.

N° 4. — *Conclusion.* — La notion française appliquée à la détermination du domicile du Français en droit international privé est-elle la notion de droit interne, celle prévue par le titre III du livre I du Code civil ? Nous pensons qu'il devrait en être ainsi, mais nous n'osons affirmer que cette solution soit celle qui est adoptée en fait. Le domicile de choix semble bien être le même, et la jurisprudence s'est départie de la rigueur dont elle avait fait preuve pour ratifier le choix d'un domicile à l'étranger ; mais au sujet du domicile de dépendance, l'attitude des tribunaux est incertaine, nous pensons même qu'il y a une tendance assez nette à ne pas appliquer en droit international privé les articles 106 à 108 C. c., surtout quand la personne, chez laquelle le domicile se trouverait ainsi fixé, est elle-même une personne étrangère ou domiciliée hors de France. Le projet actuel de codification à ce sujet se propose de consacrer ce point de vue. D'autre part sa conception nouvelle d'un domicile secondaire destiné à jouer le rôle de « port d'attache », tend, nous le verrons plus loin, à affaiblir en droit international privé le principe de droit interne de l'unité de domicile.

SECTION III

Le domicile des étrangers en France

- § 1. — Droit au domicile : L'étranger peut-il avoir un domicile en France ? : n° 1. L'ancien droit ; n° 2. La doctrine de la négative ; n° 3. La doctrine de l'affirmative ; n° 4. La jurisprudence (aff. Onslow ; Mélizet ; la Caroline ; Spécht et autres ; jurisprudence belge) ; n° 5. La codification projetée.
- § 2. — Éléments du domicile de choix : n° 1. La doctrine ; n° 2. La jurisprudence (aff. Bonar d'Hervas ; aff. Rachel ; aff. du duc de Brunswick ; aff. Say, et autres) ; n° 3. La codification projetée.
- § 3. — Domicile de dépendance : n° 1. Mineur ; n° 2. Femme mariée ; n° 3. Domestique ; n° 4. Combinaison du domicile de dépendance et du domicile de choix ; n° 5. La codification projetée.
- § 4. — Domicile élu.
- § 5. — L'admission à domicile : n° 1. Historique ; n° 2. A qui elle était accordée ; n° 3. Condition de ses effets ; n° 4. Effets de l'autorisation ; n° 5. Mode d'octroi (nécessité d'un décret) ; n° 6. Jurisprudence de l'autorisation implicite.

Nous voici parvenu au cœur même du problème. La difficulté se présente de la manière suivante : la loi applicable à la détermination du domicile de l'individu en cause est, par hypothèse, la loi française, or, cet individu est un étranger, son domicile est susceptible de se trouver en France. Un étranger peut-il avoir un domicile en France ? Dans l'affirmative, comment caractériserait-on ce domicile ? Quelle est l'analyse de la notion française en ce cas ? Est-ce la définition usitée en droit interne ? Est-ce celle usitée en droit international privé pour le domicile du Français, qui n'est peut-être pas, nous l'avons vu, tout à fait la même que la précédente ? Est-ce une autre, ou même plusieurs autres ? Dans toutes les affaires de droit international qui sont venues devant la justice, il y avait une question de domicile. Elle n'a pas toujours été aperçue, elle l'a été suffisamment cependant pour que nous soyons en présence d'une jurisprudence énorme et quelque peu chaotique du fait que les tribunaux ont statué sans plan d'ensemble, dans des domaines extrêmement différents, et sans comprendre le plus souvent l'importance de la question qui, pour eux, en effet, n'était que relative.

§ 1. — *L'étranger peut-il avoir un domicile en France ?*

Nous allons examiner tout d'abord cette question préliminaire relative à la condition des étrangers : l'étranger peut-il avoir un domicile en France ?

N° 1. — *L'ancien droit.* — Il semble bien que l'ancien régime n'ait pas connu ce « droit au domicile » que l'on doit à une confusion ultérieure de la jurisprudence. Plusieurs textes en font foi : Loysel dans sa glose sous sa règle 49, tome I, rappelle qu'au temps féodal : « quand un étranger non noble venait s'établir dans la terre d'un seigneur, le seigneur dans l'an et jour devait le prendre comme espave et le faire son serf, sinon l'étranger était acquis et dévolu au roi » (1). Et à propos de sa définition

(1) En ce sens l'article 53 de la Coutume de Champagne. Beaumanoir, chap. 45, art. 72 de la Coutume de Vitry.

des aubains, il fait remarquer : « Car il y a de l'absurdité à donner plus de droit sur les biens qui sont dans le royaume à l'étranger qui n'y demeure pas, qu'à l'étranger qui y a son domicile ».

Renusson, dans son traité du *Douaire*, chap. II, nos 10 à 14, envisage les problèmes que pose à ce sujet le transfert de domicile que font en France des époux étrangers. Il en conclut même que le changement de domicile n'emporte pas soumission au douaire prescrit par la coutume du nouveau domicile et qu'il faut pour cela un changement de nationalité, ce qui montre la distinction de ces notions, même à cette époque. Il dit encore (n° 11) : « Mais homme et femme étrangers non naturalisés qui se marient en France peuvent stipuler douaire coutumier, suivant la coutume où ils ont leur domicile ».

Ferrière, dans son commentaire sur l'article 240 de la Coutume de Paris (1), cite l'arrêt rendu par la Grand' Chambre le 8 janvier 1632 dans l'affaire du nommé Pompée-Opérateur, Italien qui « avait son domicile à Paris ».

Pothier en fit une application dans son traité de la *Communauté*, n° 21 (2).

Bennet cite en outre (3) : Basnage, sur l'article 418 de la Coutume de Normandie, le Journal de M. de Vilargues XII, art. 4420, et un arrêt du Parlement de Paris du 30 août 1772, rapporté par Denisart, v° *Droit des gens*, § 2, n° 4.

Soloman (4) cite sur ce point l'opinion de Laplanche (II, p. 140) fondée sur la définition romaine du domicile; Demangeat prétend de même (5) qu'« en général l'aubain, dans l'ancienne jurisprudence, était reconnu susceptible d'acquérir un domicile en France », qu'il s'agisse d'ailleurs d'aubains « estranges », nés hors du diocèse, ou de véritables « mescrus » nés hors du royaume ; il

(1) III, p. 525 glose I, n° 6.

(2) Mais il s'agit peut-être seulement du domicile matrimonial et Bourjon combattit sur ce point l'opinion de Pothier.

(3) P. 37.

(4) P. 69, note 98.

(5) P. 152.

assure que d'Argentré ne faisait aucune différence.

Massé (1) remarque que « non seulement les anciens auteurs accordaient une sorte de domicile aux marchands étrangers, mais qu'ils refusaient même aux autorités locales le droit de les expulser arbitrairement et sans cause majeure ». Il cite à l'appui Straccha (*de mercatura*, part. II, n^o 33 ss.) : « *non mercatores extranei quos forenses vocant a dominis locorum sine causa expelli possunt, interdictique ne intra muros territoriumque morerentur et his recedere recusantibus bona auferri* » et Baldus « *mundus est omnibus communis patria et ideo expelli non possunt, nisi causa ex qua possint relegari. Postquam autem ingressi sunt, inter populares habentur, et tam contra naturalem æquitatem quam bonum publicum est eos expellere* ».

Enfin Merlin, qui avait une connaissance parfaite de l'ancien droit, affirma à plusieurs reprises (2) que les étrangers pouvaient être domiciliés en France, et il maintint même son opinion après le Code civil.

La même doctrine subsista pendant la période du droit intermédiaire et l'on peut même citer deux arrêts en ce sens : Requêtes, 8 thermidor an X (3), et Requêtes, 30 novembre 1814 (4). Comme le fait remarquer Demangeat, cela provenait de la conception que l'on se faisait à cette époque du domicile ; on pensait, en effet, que ce dernier « n'était que le résultat d'une résidence ayant en fait certains caractères, et non un droit civil réservé à telle classe privilégiée de personnes » (5). Pourtant le domicile avait à cette époque un caractère de droit public bien marqué, qui aurait dû contribuer à rendre le contrôle de l'acquisition d'un domicile français par

(1) I, p. 418, n^o 499.

(2) Répertoire. V^o *Divorce*, sect. IV, n^o 10 ; V^o *Domicile*, n^o 13 ; V^o *Etranger*, n^o 4.

(3) S. an XI, p. 842, aff. Walsh-Serrant.

(4) S. 1814, I, 635, aff. Parker.

(5) MERLIN cite (V^o *Domicile*, § 2) le cas de la marquise Aldovrandi Marescotti, italienne admise, le 9 ventôse, an VIII, comme domiciliée par la municipalité d'Aix ; mais cette décision fut tenue pour nulle et non avenue par le tribunal de la Seine, le 8 juin 1816, la Cour de Paris, 11 août 1817 et la Chambre des requêtes le 25 février 1818, parce que la dame Aldovrandi n'avait pas été autorisée par son mari.

des étrangers aussi sévère que l'est aujourd'hui le contrôle de l'acquisition de la nationalité française elle-même.

Que s'est-il passé lors de la rédaction du Code civil ? Son article 13 disposa : « L'étranger qui aura été admis par le Gouvernement à établir son domicile en France y jouira de tous les droits civils tant qu'il continuera d'y résider ». Cet article indiquait donc à quelle condition l'étranger était admis à l'exercice des droits civils : à condition d'avoir en France un domicile autorisé par le Gouvernement. Mais le domicile lui-même est-il un droit civil ? Nous venons de voir qu'il n'en était pas ainsi dans l'ancien droit ; le Code a-t-il accompli un changement aussi radical ? Ce fut l'occasion d'une controverse qui, après 125 ans de luttes incessantes, commence seulement à donner des signes de décroissance.

N° 2. — *La doctrine de la négative*. — La doctrine se divisa en deux partis opposés. Les uns soutenaient qu'en dehors de l'autorisation gouvernementale, l'établissement de l'étranger en France ne pouvait jamais avoir le caractère et surtout le titre d'un véritable domicile (1).

Leurs arguments étaient les suivants : Le tribun Gary, lors de la discussion de l'article 13 C.c. devant le Corps Législatif, prononça ces paroles (2) : « J'observe sur l'article 13 qu'il n'y a aucune objection contre la disposition qui veut que l'étranger ne puisse établir son domicile en France s'il n'y est admis par le gouvernement. C'est une mesure de police et de sûreté autant qu'une disposition législative ». D'autre part, dans un avis du Conseil d'Etat des 18-20 prairial an XI, on trouve les termes suivants : « Dans tous les cas où un étranger veut s'établir en France, il est tenu d'obtenir la permission

(1) Parmi ceux-ci nous comptons : SOLOMAN, DEMANGEAT (p. 366, n° 81) ; BETTENCOURT (p. 31) ; CHAVANNES (thèse) ; FIORE (trad. Antoine, I, p. 486, note 1) ; FOELIX (I, p. 58, n° 28) ; DURANTON (I, n° 353) ; AUBRY et RAU (I, n° 78 et 141°) ; BONNIER (II, p. 64) ; DELVINCOURT (I, p. 44) ; DEMOLOMBE (I, p. 268) ; TROPLONG (*Contrainte par corps*, n° 496) ; LOUICHE-DESFONTAINES (p. 131) ; AUBÉPIN (D. 1872, 2, 66) ; PARDESSUS (*Commercial*, V, n° 1524).

(2) FENET, VII, p. 648.

du gouvernement ». Enfin le titre III, livre I du Code civil, intitulé « *Du domicile* », ne fait aucune allusion à celui des étrangers, l'article 102 précise même au contraire qu'il ne statue qu'au sujet de « tout Français ». Une seule chose pourrait suppléer l'autorisation gouvernementale, c'est, pour le domicile comme pour les autres droits civils, l'existence d'un traité spécial avec une nation étrangère.

N° 3. — *La doctrine de l'affirmative.* — L'autre parti rallia les noms d'auteurs non moins éminents et en particulier des plus récents (1).

Le domicile, disent-ils, est, en droit français comme dans la quasi-totalité des législations, la résultante d'un certain nombre d'éléments, les uns matériels, les autres intentionnels. Or la réunion de ces éléments peut être réalisée par n'importe qui, national ou étranger ; la loi ne peut alors se dispenser de sanctionner la situation qui présente les conditions qu'elle a requises. Si le domicile est un droit, c'est un droit naturel et non un droit civil, pour le refuser aux étrangers, il faudrait un texte formel

(1) MERLIN, *Domicile*, § 13 ; MAILHER DE CHASSAT (p. 202) ; RAIMBAUD (p. 53) ; JAY (*Revue pratique*, 1856, I, p. 228) ; VALETTE (I, p. 69, 126, 139) ; PROUDRON (I, p. 245 et 237, note a) ; MASSÉ et VERGER sur ZACHARIE (I, n° 90, alinéas 1 et 3) ; HAUS (p. 101, n° 20) ; BONFILS (n° 29, p. 25, et n° 188, p. 158) ; BERTAULD (I, p. 12) ; DEMANTE et COLMET DE SANTERRE (I, n° 128 bis) ; ANCELLE (p. 144) ; MASSÉ (I, p. 418, n° 499) ; RENAULT (*De la succession...*, p. 19 et Clunet, 1875, p. 329) ; ANTOINE (p. 76) ; BROCHER (I, p. 254, n° 79) ; CALVO (II, p. 182) LAURENT (II, n° 68 et III, p. 456) ; BAUDRY-LACANTINERIE et HOUQUES-FOURCADE (II, n° 1020) ; GERBAUT (n° 301, p. 389) ; LOISEAU (p. 124) ; ROLIN (I, p. 183) ; HUC (I, n° 268) ; DE VAREILLES SOMMIÈRES (I, p. 364) ; BARDE (p. 130) ; RICHELLOT (I, p. 310, note 1) ; GLASSON (Clunet, 1881, p. 113) ; ROUARD DE CARD (p. 9) ; LYON-CAEN (S. 1885, 1, 169) ; ROUGELLOT DE LIONCOURT (p. 137) ; CHAMPCOMMUNAL (p. 320) ; PILLET (*Principes*, p. 194, *Traité*, I, p. 291) ; CHAUSSE (Clunet, 1897, 5, 6) ; DONNEDIEU DE VABRES (p. 84, note) ; L'EBRALY (p. 61) ; AUDINET (n° 231, p. 169, et S. 1911, 2, 1) ; SURVILLE et ARTHUYS (n° 127, p. 163) ; WEISS (II, p. 428, et Manuel, p. 316) ; DURAND (p. 373) ; DESPAGNET DE BOECK (n° 167, p. 521) ; VALÉRY (n° 339, p. 435) ; NIBOYET (p. 339) ; MARTIN (*Principes*, n° 35) ; BERNARD (*De la compétence des tribunaux français à l'égard des étrangers*, p. 47) ; GLARD (*Condition des meubles en d. i. p.*, p. 194) ; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, D. H. 1928, p. 79 et *Petit Précis*, § 198) ; SAVATIER, PLANIOL et RIPERT, I, § 140, p. 158).

L'article 13 n'a rien à voir dans la question ; il se trouve placé au livre I du Code civil, au titre I intitulé *De la jouissance des droits civils*, et son texte détermine en effet à quelle condition les étrangers jouiront de ces droits. Il n'a aucun rapport avec le droit au domicile. L'examen des travaux préparatoires le démontre du reste lumineusement. Le texte originaire de l'article 13(1) portait : « L'étranger qui aurait fait la déclaration de vouloir se fixer en France *pour y devenir citoyen*, et y aura résidé un an depuis cette déclaration, y jouira de la plénitude des droits civils », ce qui était une allusion à la constitution de l'an VIII où le délai pour la naturalisation était de dix ans ; l'article 13 facilitait donc le stage en accordant pendant ce temps préalable la jouissance des droits civils. C'était là son but, qui persista à travers ses modifications successives de 1804, 1889, 1927, et il n'avait nullement en vue le droit d'établissement du domicile. Bonaparte trouvant dangereux l'octroi des droits civils sans contrôle, le soumit à l'autorisation gouvernementale, mais supprima le délai d'un an.

Dans le deuxième exposé des motifs (2), Treilhard s'exprime ainsi : « L'étranger jouira-t-il en France des droits civils ? Ici la question se divise, l'étranger peut établir son domicile en France ou il peut continuer de résider dans son pays. Supposons d'abord que l'étranger *fixe son domicile en France* : la loi politique a sagement prescrit une résidence de dix années pour l'acquisition des droits politiques ; la loi civile attache avec la même sagesse le simple exercice des droits civils à l'établissement en France. Mais le caractère personnel de l'étranger qui se présente, et une foule d'autres circonstances peuvent rendre son admission plus ou moins désirable, et, pour s'assurer qu'une faveur ne tournera pas contre le peuple qui l'accorde, la loi n'a dû faire participer aux droits civils que l'étranger *admis par le gouvernement* ». Donc les étrangers non admis par le gouvernement

(1) LOCRÉ, II, p. 33.

(2) LOCRÉ, II, p. 319 ; FENET, VII, p. 628,

peuvent cependant avoir un domicile en France ; les paroles du tribun Gary ne visaient qu'un point très particulier, le seul d'ailleurs qui ait jamais été visé par l'article 13, celui du domicile privilégié du futur naturalisé.

C'est de même sur ce point que statua le Conseil d'Etat le 18 prairial an XI ; il ne se prononçait que *secundum subjectam materiam* et on lui demandait simplement si un domicile non autorisé pouvait entrer en ligne de compte pour le calcul du laps de temps nécessaire à la naturalisation. On a d'ailleurs fait remarquer que cet avis n'ayant pas été inséré au *Bulletin des Lois* n'avait aucune force légale, mais à nos yeux cet argument n'est pas essentiel, car la valeur de cet avis n'est pas tant comme texte obligatoire que comme indication de l'état d'esprit des législateurs du Code.

D'autre part il y a un autre passage des travaux préparatoires qui laisse entendre que le Code civil n'a pas eu l'intention de rompre avec les traditions du passé et de refuser aux étrangers le droit à un domicile en France. A la séance du 16 fructidor an IX, comme on proposait au Conseil d'Etat de fixer le domicile de la personne « au lieu où elle exerce ses droits politiques », Portalis fit remarquer que la rédaction proposée laisserait subsister toutes les difficultés en ce qui touche les filles, les *étrangers* et les individus non inscrits au registre civil (1). De là, la rédaction particulière de l'article 102 C. c. ; du reste, à propos de cet article, Tronchet (2) cita en partie la vieille définition romaine dont on fit usage dans tout l'ancien droit, ce qui démontre qu'il n'y avait avec ce dernier aucune solution de continuité, et que le domicile subsisterait avec la même nature, les mêmes caractères, les mêmes solutions.

L'intention des auteurs du C. c. nous apparaît donc évidente : ils n'ont pas voulu instituer un prétendu droit au domicile refusé aux étrangers. Des textes postérieurs nombreux ont d'ailleurs fait des allusions plus ou moins

(1) LOCRÉ, III, p. 410 ; FENET, VIII, p. 326.

(2) LOCRÉ, III, p. 406.

formelles au domicile non autorisé des étrangers en France.

Nous n'insisterons pas sur l'argument tiré de l'article 270 du Code pénal qui punit le vagabondage et sous le coup duquel tomberaient par conséquent les étrangers qui ne peuvent avoir un « domicile certain »; nous pensons en effet que le mot domicile est pris ici dans une acception assez vaste pour englober la plus précaire des résidences (1). De même nous ne tirons pas argument des décrets des 4 octobre 1888 et 20 janvier 1928, sur la police des étrangers, qui tous deux prévoient à leur article 3 une déclaration à la mairie « en cas de changement de domicile ». Il s'agit, là encore, d'un texte particulier où le législateur ne s'est peut-être pas rendu compte de la portée des termes qu'il employait.

Mais le traité franco-suisse du 15 juin 1869 prévoit, dans son article 2, l'hypothèse où des citoyens suisses sont domiciliés en France, et si ce domicile ne s'entendait pas d'un domicile non autorisé, le traité serait absolument dépourvu de toute portée sérieuse. La loi du 23 août 1871 votée par réaction contre la jurisprudence de la Cour de cassation qui refusait précisément de considérer comme domiciliés en France les étrangers qui y étaient établis sans l'autorisation du gouvernement, eut soin de prévoir dans son article 4 la double hypothèse des « étrangers domiciliés en France, avec ou sans autorisation ». La loi du 26 juin 1889 sur la nationalité modifiant les articles 8 et 9 du C. c., et la loi du 22 juillet 1893 modifiant à nouveau l'article 9 visaient le cas d'étrangers domiciliés en France à leur majorité. La loi du 15 juillet 1914, loi fiscale comme celle de 1871, parle dans son article 11 des étrangers domiciliés, sans faire de distinction. La loi du 22 mars 1924, article 30, prévoit le cas du décès en France d'« un étranger domicilié en France » qu'il assimile au décès d'un Français. La loi du 4 avril 1926 sur le carnet de coupons, suppose dans son article 26 qu'il

(1) On pourrait tout aussi bien, dans cet ordre d'idées prétendre qu'un étranger ne saurait être victime en France d'une violation de domicile.

peut y avoir des étrangers domiciliés en France. Enfin la loi du 10 août 1927 reproduit dans ses articles 4 et 5 les dispositions antérieures des lois sur la nationalité

C'est pour toutes ces raisons que les auteurs les plus récents avaient unanimement admis que les étrangers pouvaient avoir un vrai domicile en France, même en dehors de l'autorisation prévue à l'article 13. Ces autorisations avaient toujours revêtu un caractère exceptionnel de rareté qui allait chaque année en s'accroissant. La loi du 26 juin 1889 limita les effets de cette autorisation à une durée de cinq ans pour contraindre à la naturalisation les étrangers qui, ayant la jouissance des droits civils grâce à leur domicile autorisé, n'avaient plus qu'un intérêt restreint à se faire naturaliser. Le législateur de 1889, comme celui de 1804 voyait donc dans l'autorisation à domicile une simple étape vers la naturalisation (1). Le nombre des étrangers domiciliés en France avec l'autorisation du gouvernement devint donc absolument infime (2).

Sur ces entrefaites intervint alors la loi du 10 août 1927 qui, dans son article 13 et final portait abrogation des articles 8, 9, 10, 12, 13, 17, 18, 19, 20 et 21 du Code civil. Le fameux article 13 C. c. et les théories qui s'étaient construites autour de ce texte étaient anéantis d'un trait de plume. La circulaire du 13 août 1927 (D. 1928, IV, 14) s'expliqua en quelques mots sur cette disparition dont nous n'avons retrouvé nul indice dans les travaux préparatoires : « Le législateur a estimé qu'il était inutile et même parfois regrettable de maintenir en France deux classes d'étrangers dont l'une plus privilégiée que l'autre jouissait, au moins pour un temps déterminé, sinon des droits civiques, en tous cas des droits privés inhérents à la nationalité française sans être pourtant soumis aux charges incombant aux citoyens français » ; donc le législateur, cette fois encore n'a envisagé

(1) La preuve en est que la pratique administrative a refusé rigoureusement l'admission à domicile à tout étranger qui n'en aurait pas besoin pour arriver à la nationalité française (WEISS, Clunet, 1899, p. 10).

(2) Deux cents demandes par an, en moyenne (WEISS, Clunet, 1899, p. 8 ; BENNET, p. 36, note 1).

l'article 13 qu'au point de vue de la naturalisation et de la jouissance des droits civils, nullement au point de vue du domicile, condamnant ainsi une fois de plus l'interprétation qui voyait dans cet article le refus aux étrangers d'un domicile légal de droit commun. Tous les auteurs qui se sont prononcés depuis la loi de 1927 ont été unanimes à y voir la disparition du dernier obstacle opposé à la théorie dominante en doctrine (1).

La position de ceux qui soutiennent que le domicile est un pur droit civil comme tant d'autres, est devenue en effet, très délicate ; la loi de 1927 a porté un coup très grave à la théorie de la condition des étrangers qui reposait entièrement sur les articles 11 et 13 du C. c. dont ce dernier vient subitement à faire défaut (2). Désormais, seuls sont admis à jouir des droits civils en France, les étrangers placés sous le régime de la réciprocité diplomatique ; or, il n'existe aucun traité relatif au domicile (on ne peut en effet interpréter en ce sens les conventions dites d'établissement, qui ne garantissent qu'une liberté de circulation et de séjour). Donc il n'y aurait plus aujourd'hui un seul étranger domicilié en France.

A notre avis, il y a erreur certaine à parler d'un droit au domicile et à poser ici une question de condition des étrangers contre laquelle protestent la nature même et le rôle de la notion que nous étudions. Nous l'avons déjà dit, le domicile en lui-même n'est rien, il est inexistant ; toute son importance ressort de ses effets. La situation de fait que l'on requiert afin de produire tel ou tel effet, et que l'on nomme domicile, n'est pas la même dans toutes les hypothèses. En certains cas, les étrangers pourront la remplir, en d'autres au contraire, des raisons de droit public la leur feront refuser. C'est pourquoi nous verrons plus loin (3) que la notion française du domicile des étran-

(1) VALÉRY, *Clunet*, 1918, p. 592 ; BARTIN, *loc. cit.* ; NIBOYET, *loc. cit.* ; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *loc. cit.*

(2) La Société d'Etudes législatives a prévu la modification suivante à l'article 11 C. c. : « L'étranger ne jouit pas en France des droits privés réservés expressément aux Français par la loi, sauf disposition contraire des traités diplomatiques ». Ce texte ambigu a fait l'objet de longues discussions.

(3) Ci-dessous, chapitre III.

gers varie avec les institutions juridiques où intervient le domicile. Certains auteurs l'ont d'ailleurs parfaitement compris, et ils ont précisé quels étaient les effets qu'ils reconnaissaient au domicile non autorisé de l'étranger en France après en avoir affirmé la possibilité légale (1).

Pour en finir avec l'opinion de la doctrine sur ce point, citons comment Mailher de Chassat (2) présente, en harmonie avec sa théorie générale, la justification de l'existence d'un domicile en France pour l'étranger : « La nationalité de l'étranger est accueillie, respectée en France. Elle y commande, en faveur de l'étranger, et j'ai indiqué en vertu de quels principes, l'exercice des droits civils. Elle y commande par là même la possibilité d'y établir un domicile ; car le domicile est pour l'étranger l'unique moyen d'y jouir librement, pleinement, des droits civils qui lui sont concédés, et d'accomplir les conditions auxquelles les lois elles-mêmes lui font cette concession ».

N° 4. — *La jurisprudence.* — Examinons maintenant la position prise par la jurisprudence au sujet du droit pour l'étranger de posséder un domicile réel en France. Cette position est parfaitement nette et se résume en quelques mots : l'étranger n'a pas de domicile légal en France s'il n'a pas obtenu du gouvernement l'autorisation de s'établir sur notre territoire ; cependant il peut posséder une résidence que, par opposition au domicile autorisé on appelle domicile de fait, suffisamment importante pour produire un assez grand nombre d'effets civils. La première proposition découle de ce principe

(1) GERBAUT (p. 398) ; BROCHER (1, p. 254, n° 79) ; BONFILS (n° 29, p. 25) ; AUBRY et RAU (I, p. 576) ; FÉRAUD-GIRAUD (Clunet, 1880, p. 158) ; GLASSON, MASSÉ (I, p. 418) ; ANCELLE (p. 144) ; AUDINET (n° 231, p. 169) ; BENNET, p. 248 ; PILLET (*Principes...*, p. 194 et *Traité*, I, p. 291 où il dit notamment : « Il est facile d'imaginer que si le domicile de l'étranger en France a nécessairement certains effets civils, il n'a pas nécessairement tous les effets qu'aurait le domicile d'un français. La question importante de la matière est donc dans la distinction des effets du domicile communs aux étrangers et aux français, et de ceux qui doivent rester particuliers à ces derniers »).

(2) P. 202.

que le domicile est un pur droit civil dont les étrangers ne peuvent jouir que par application des articles 11 et 13 C. c. la seconde résulte des nécessités pratiques. Le domicile est en effet une nécessité de la vie juridique, on ne pouvait le refuser aux étrangers qu'en théorie, et avec l'obligation de le leur accorder sous une forme détournée. La jurisprudence a précisément voulu garder, à l'aide de ce statagème, un contrôle certain sur les effets du domicile susceptibles de se produire vis-à-vis des étrangers. Suivant l'importance de ces effets elle sera plus ou moins rigoureuse sur les conditions auxquelles elle consentira à considérer l'étranger comme domicilié en France. Nous ne pouvons citer tous les arrêts ayant adopté plus ou moins explicitement cette solution, nous en retrouverons d'ailleurs la plupart au chapitre suivant, mais nous allons parcourir rapidement l'ensemble de la jurisprudence.

Un arrêt de la Chambre des requêtes du 28 août 1811 (*S. chron.*, aff. Barlow) décidait déjà : « qu'en droit le domicile attributif des droits politiques et civils qu'un étranger ne peut acquérir qu'en remplissant les conditions prescrites par la loi, est essentiellement distinct du domicile de fait auquel peut être assigné tout individu résidant en France » ce qui pose déjà bien nettement les deux propositions différentes que nous avons dégagées. La Chambre civile le 2 juillet 1822 (*S. chron.*, aff. Berembrock) décida de même « que l'étranger peut avoir en France un domicile de fait et une résidence, quoique d'après l'article 13, il ne puisse y avoir un domicile de droit sans l'autorisation du gouvernement ».

Par contre, le 6 février 1826 (*S. chron.*, aff. Canapa) la Cour de cassation décida qu'il suffisait du domicile attribué à un plaideur étranger par les qualités d'un jugement et les conclusions même de son adversaire, pour le soustraire à la contrainte par corps. Cet arrêt curieux à plus d'un titre ne doit pas être retenu. Le 24 avril 1827 (*S. chr.*) la Chambre des requêtes rendit un arrêt qui est ainsi résumé au sommaire : « Un étranger peut être réputé domicilié et jouissant des droits civils en France, encore qu'il ne soit pas justifié qu'il ait obtenu du roi

l'autorisation d'y établir son domicile. » Mais ces termes mêmes de cet arrêt sont beaucoup moins nets et il s'agissait d'une affaire commerciale, de sorte qu'il faut se garder de généraliser sa solution qui prouve simplement, comme celle du précédent arrêt, que quelques résistances se firent sentir dans les premières applications de l'article 13.

Dans la fameuse affaire Bonar-d'Hervas, la Cour de Paris, le 15 mars 1831 (1) après avoir posé au sujet du domicile quelques règles très précieuses, que nous retrouverons plus loin, arriva à cette conclusion : « Que ces circonstances et celles qui ont été ci-dessus relatées, établissent, dans l'espèce, l'incontestable existence d'un *domicile de fait* en France ».

La Chambre des requêtes le 26 avril 1832 (S. 1832, I, 455) admet qu'un étranger peut être justiciable des tribunaux français en particulier « s'il a en France un domicile de fait ».

Le 7 avril 1835, la Cour de Riom, trancha une affaire très intéressante, l'affaire Onslow (2). Le sieur Onslow était venu habiter en France en 1783, c'est-à-dire à une époque où, ainsi que le remarqua la Cour, il pouvait parfaitement et légalement y acquérir un domicile ; elle poussa même le souci jusqu'à apprécier ce domicile d'après la notion la plus communément admise dans l'ancien droit, l'antique définition d'Ulpien et du Digeste. Onslow avait donc un droit acquis sur ce domicile, droit que le Code civil et son article 13 ne pouvaient pas lui ôter. Eussent-ils pu le faire d'ailleurs, que la Cour affirma nettement « que l'article 13 C. c.... ne dit pas que l'étranger qui n'aura pas obtenu l'autorisation du roi, ne pourra pas acquérir de domicile en France ; ... qu'il n'a pas eu pour objet de déterminer les conditions que devait remplir un étranger pour acquérir un domicile en France ; qu'il a été reconnu que l'étranger qui avait fixé son habitation réelle en France, et qui avait eu l'intention de l'y fixer, *même sans autorisation du gouvernement*, n'en avait

(1) S. 1831, 2, 237.

(2) S. 1835, 2, 378.

pas moins un domicile *légal* en France, et n'en pouvait pas moins être traduit devant les tribunaux français dont il était devenu justiciable par le fait de son domicile ». La Cour de Riom, en prenant cette décision, dépassait certainement la jurisprudence qu'elle invoquait, jurisprudence qui existait en effet, ainsi que nous venons de le voir, en matière de compétence, mais qui n'était pas généralisée, et qui ne le fut jamais, à la dévolution de la succession mobilière, qui était le cas de l'espèce. La Cour n'aurait d'ailleurs probablement pas eu cette audace si son argumentation au sujet du domicile n'avait pas eu un caractère surabondant ; mais elle était doublement surabondante : d'une part, parce qu'Onslow avait un droit acquis à conserver le domicile qu'il avait acquis en France sous l'ancien droit, d'autre part parce que ce domicile lui avait valu en 1790 la nationalité française elle-même, par suite de son admission au serment comme garde national. C'est du reste en se fondant sur ce dernier argument (qui était le premier mis en avant par les juges) que la Chambre des requêtes rejeta le 18 avril 1836 (1) le pourvoi formé contre cet arrêt. Il ne faut donc pas attribuer une importance exagérée aux termes suivants employés par la Cour de cassation : « Attendu qu'il est reconnu en fait... qu'Edouard Onslow... établit son domicile en France... que c'est en France qu'il eut constamment son domicile depuis 1783 jusqu'à son décès arrivé en 1829 ».

Un jugement du tribunal de Corbeil et un arrêt de la Cour de Paris du 9 mai 1835 (2) rendus en matière de compétence, reproduisirent la jurisprudence courante : pas de domicile légal en dehors de l'article 13 C. c. De même un arrêt de Paris du 25 août 1842, (3) un autre encore de même la Cour du 5 décembre 1844 (4).

Il faut signaler l'arrêt surprenant rendu le 16 août 1845 par la Cour de Bordeaux dans l'affaire Eche-

(1) S. 1836, 1, 749.

(2) S. 1835, 2, 278, aff. Boode.

(3) S. 1842, 2, 372, aff. Carlier.

(4) S. 1844, 2, 617, aff. Dremmler.

nique (1) en matière de compétence successorale. Alors que le *de cujus* avait obtenu du gouvernement l'autorisation prévue à l'article 13 et qu'il avait toujours résidé en France depuis lors, la Cour déclara froidement et sans justification aucune, « qu'Echenique en résidant en France n'avait pas perdu son domicile au Mexique ». Une telle solution rend absolument inintelligible la formule de l'article 13, « autorisation d'établir son domicile en France », et confine véritablement à l'absurdité. Elle est restée fort heureusement absolument isolée.

Un nouvel arrêt de Paris du 3 août 1849 (2) décida « qu'il est certain en droit, tant avant que depuis le Code civil, que l'étranger même lorsqu'il conserve cette qualité peut acquérir domicile en France, sans autorisation, que l'article 13 C. c. n'a pas entendu changer cet état de choses ». Il est vrai que cet arrêt particulièrement large s'explique un peu par le fait que c'est le domicile matrimonial des époux Lloyd qu'il s'agissait de fixer. Du reste le 15 décembre 1853 (3) la même Cour rendait un arrêt semblable dans une affaire analogue.

Un arrêt de la Cour de Pau du 9 juin 1857 (4) affirma formellement qu'un étranger pouvait être domicilié en France sans autorisation, mais nous laissons de côté cet arrêt rendu dans une espèce un peu particulière.

L'arrêt de Besançon du 25 juin 1860 (5) rendu en matière d'affouage contient des aperçus très intéressants sur le domicile en général : « Attendu que l'autorisation dont parle l'article 13 C. c., nécessaire pour faire jouir l'étranger de tous les droits civils qu'un citoyen français peut exercer en France, à raison de son domicile, ne l'est pas pour le seul établissement de ce domicile et la jouissance de certains droits déterminés... qu'aucune loi en effet ne s'oppose à ce que les étrangers, tant qu'ils résident en France, y aient un domicile réel » ; l'arrêt précise même quelles sont les conditions de ce domicile,

(1) D. 1847, 2, 45.

(2) D. 1849, 2, 182 ; S. 1849, 2, 430, aff. Lloyd.

(3) S. 1854, 2, 105 ; D. 1855, 2, 192, aff. Breul.

(4) D. 1858, 2, 137, aff. Lombardo di Pini.

(5) S. 1860, 2, 591 ; aff. Beaumat c. commune de Tréviillers.

nous les retrouverons plus loin. Statuant sur la même matière, le 23 novembre 1865 (1) la Cour de Metz admit la même solution dans des termes analogues.

C'est le 13 janvier 1869 (2) que la Cour de cassation rendit trois arrêts formels, qui amenèrent le vote de la loi du 23 août 1871. Par ces arrêts, rendus en matière successorale et fiscale, la Cour décida « que les étrangers, aux termes de l'article 13 C. c. ne sont en thèse générale admis à l'exercice de tous les droits civils, *et ne peuvent par conséquent acquérir un domicile en France* avec tous ses effets légaux, qu'autant qu'ils ont obtenu l'autorisation de l'empereur d'y établir leur domicile, et qu'ils continuent d'y résider ». Il y avait là moins une révolution qu'une mise au point, il ne s'agissait pas de revenir sur la distinction déjà ancienne et admise aussi facilement qu'unaniment, du domicile légal autorisé et du domicile de fait, mais seulement de préciser leurs effets respectifs. La Cour de cassation se bornait donc à restreindre l'influence du domicile de fait qui n'est qu'exceptionnel, au profit du domicile de droit autorisé qui doit être considéré rigoureusement comme la règle générale. C'est ici un des arrêts les plus nets qui soient en faveur de la théorie que nous combattons, du « droit au domicile ».

Du reste dès le 19 mars 1872 (3) la Cour de cassation avait rappelé sa jurisprudence antérieure. La Cour de Caen ayant décidé le 12 juillet 1870 (4) que « l'autorisation exigée par l'article 13 C. c. n'est nécessaire que pour la jouissance des droits civils et non pour l'établissement du domicile », la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt en déclarant : « Que l'étranger qui réside habituellement en France sans avoir obtenu l'autorisation préalable de l'article 13 C. c. peut cependant y avoir un domicile de fait, et que ce domicile entraîne des effets certains quoique moins étendus que ceux qui sont spécialement énoncés dans l'article 13 ; que

(1) D. 1865, 2, 208 ; S. 1865, 2, 320, aff. Dave ; Cass., 27 avril 1868, D. 68, 1, 302.

(2) D. 1869, 1, 294, S. 1869, 1, 138, aff. Mélizet et autres.

(3) S. 1872, 1, 240, D. 1874, 1, 465, aff. de la Caroline.

(4) S. 1871, 2, 57, note Labbé.

l'arrêt a donc pu dire sans se mettre en contradiction avec cet article que Leithbridge avait son domicile à Honfleur ».

Le refus d'un domicile légal fut encore sanctionné par la Cour de Paris le 29 juillet 1872 (1) et par le tribunal de Bordeaux le 17 août 1870 (2). La distinction du domicile légal et du domicile de fait avec leurs effets respectifs se retrouve de même dans le fameux jugement rendu par le tribunal du Havre dans l'affaire de la succession de la demoiselle Luscombe, le 22 août 1872 (3).

Au sujet de la succession du nommé Specht, sujet espagnol décédé à Santiago de Cuba, mais résidant à Paris, les juridictions saisies du litige s'expliquèrent très nettement sur la question du domicile. La Cour de Paris déclara le 12 août 1873, « considérant que la nationalité fait présumer le domicile sur le territoire national ; que cette présomption manifestement détruite quand il existe un décret autorisant le domicile en France, est encore détruite par la preuve que l'étranger a voulu se constituer et s'est réellement constitué en France un domicile séparé de sa nationalité ; que le domicile et la nationalité peuvent exister séparément, cette séparation n'étant contraire à aucune loi positive et n'impliquant que l'exercice d'une faculté reconnue par l'article 3 du C. c. qui soumet aux lois de police et de sûreté ceux qui habitent le territoire. » La Cour de cassation décida à son tour le 7 juillet 1874 (4). « Attendu que l'autorisation gouvernementale ne s'impose pas à l'étranger comme une condition préalable à l'établissement de son domicile en France, mais comme un moyen d'assurer les effets de cet établissement relativement aux droits civils dont il veut se procurer la jouissance ; qu'aucune loi ne s'oppose à ce que l'étranger fixé en France sans avoir obtenu cette autorisation y acquière et y conserve un domicile de fait entraînant certaines conséquences, telles que de le soumettre à la juridiction des tribunaux français et de déter-

(1) D. 1872, 2, 223 ; S. 1873, 2, 148, aff. Morand.

(2) Sous Bordeaux, 5 août 1872, S. 1872, 2, 269 ; D. 1873, 2, 149.

(3) S. 1872, 2, 313.

(4) S. 1874, 1, 19, D. 1875, 1, 271.

miner la compétence du juge qui devra connaître, après son décès de la succession qu'il laissera en France ; attendu dès lors que l'arrêt attaqué a pu, sans violer aucun des principes de droit invoqués au pourvoi, dire que Specht, *de cujus*, avait son domicile à Paris ».

La même jurisprudence admettant l'existence des deux domiciles et leurs effets respectifs fut encore suivie par la Cour de Paris le 4 février 1876 (D. 1876, II, 193) par la Cour de Bordeaux, le 19 août 1879 (1) la Cour d'Aix le 4 mai 1885 (2), la Cour de Paris le 19 juin 1894 (3), la Cour de Douai le 18 novembre 1901 (4), la Cour de Paris le 9 juillet 1902 (5). Tous ces arrêts reproduisent parfois textuellement, les motifs précités de l'arrêt de cassation Specht. La Chambre civile cassa d'ailleurs le 28 juillet 1902 (6) un arrêt de la Cour de Douai par ce motif : « Attendu que l'étranger peut, en transportant en France son principal établissement, s'y créer par sa seule volonté, un domicile de fait qui produit certains des effets que la loi attache au domicile du Français, notamment en ce qui concerne le lieu où doit se faire la notification des actes qui lui sont destinés », alors que la Cour de Douai avait exigé un domicile autorisé. La jurisprudence normale suivit son cours : tribunal de la Seine, 11 mars 1904 (7) ; Cour de Grenoble, 21 décembre 1906 (8) ; Cour de cassation, 14 juin 1910 (9) ; Tribunal de la Seine, 15 mai 1918 (10).

Déjà à cette époque les arrêts commencent à manifester une certaine négligence et une certaine imprécision, ils parlent de « domicile » sans toujours spécifier s'il s'agit d'un domicile de fait ; mais ce relâchement va maintenant aller en croissant et gagner peu à peu les plus

(1) S. 1880, 2, 247, aff. Meyer.

(2) D. 1886, 2, 129 ; S. 1887, 2, 234, aff. Botock.

(3) D. 1894, 2, 513 ; S. 1896, 1, 225, aff. du duc de Brunswick.

(4) Clunet, 1902, 1043.

(5) Clunet, 1903, 181, aff. Gusman-Blanco.

(6) D. 1902, 1, 398 ; S. 1907, 1, 114, aff. Tornu.

(7) Clunet, 1907, p. 434, aff. Mack.

(8) Clunet, 1907, p. 706.

(9) Clunet, 1912, p. 209, aff. Martinez.

(10) Clunet, 1918, p. 1214, aff. Tyson.

hautes juridictions (quant aux autres elles n'ont jamais cessé, dans des espèces innombrables, de constater que tel ou tel individu étranger était « domicilié » sur le territoire français lorsque la difficulté n'était pas relevée par l'intéressé ou par son adversaire). Citons parmi ces arrêts récents : Requêtes, 25 juin 1918 (1) ; Requêtes, 27 mars 1922 (2) ; Tribunal de la Seine, 14 février 1919 (3) Versailles, 15 mai 1924 (4) ; Requêtes, 7 juillet 1925 (5) ; Paris, 29 décembre 1925 (6) ; Requêtes, 5 juillet 1926 (7) ; Requêtes, 22 juin 1927 (8) ; Rouen, 19 décembre 1927 (9) ; Paris, 7 juin 1928 (10). Un arrêt de la Chambre des requêtes réglant de juges le 11 avril 1927 (11) revint à des principes plus sains et reproduisit la distinction antérieure tout en consacrant une nouvelle importance du domicile de fait.

A ce moment fut promulguée la loi du 10 août 1927 supprimant l'admission à domicile. Quelle allait être la réaction de la jurisprudence ? Allait-elle étendre au domicile de fait, désormais seul réalisable, les effets antérieurement reconnus au domicile autorisé ? Allait-elle au contraire réserver ces effets aux bénéficiaires de la réciprocité diplomatique prévue à l'article 11 C. c. ? Comment pourrait-elle conserver son contrôle sur les effets du domicile, contrôle auquel elle attachait le plus grand prix, et dont l'article 13 n'était que le prétexte ? Nous n'avons relevé aucune décision portant sur les faits postérieurs à la promulgation de la loi (12).

(1) S. 1918-1919, 1, 206 ; D. 1925, 1, 127, 2^e espèce, aff. Hart.

(2) D. 23, 1, 11 ; S. 1923, 1, 27.

(3) Clunet, 1919, p. 1061, aff. Cavadia.

(4) D. H. 1924, p. 448, aff. Gould-Kelly.

(5) D. H. 1925, p. 611, S. 1925, 2, 179, aff. du prince Vogoridy.

(6) Clunet, 1926, p. 937.

(7) D. H. 1926, p. 401.

(8) Clunet, 1928, p. 380, aff. de Graffenried-Villars.

(9) Clunet, 1928, p. 1027, D. H. 1928, p. 208.

(10) D. H. 1928, p. 453, aff. de Kosserk.

(11) Clunet, 1928, p. 376, S. 1927, 1, 216, aff. Nazon-Mardochée dit Max Froudking.

(12) Les décisions citées par Sophie Vinaver-Grunberg au Répertoire de droit international, V^o *Domicile*, portent toutes sur des faits antérieurs à la promulgation de la loi.

Nous croyons utile de signaler que la jurisprudence belge, en face des mêmes éléments, c'est-à-dire du même texte du C. c. et du même article 13, a admis sans difficulté le droit pour les étrangers d'avoir un domicile en Belgique. Ceci ressort nettement des décisions suivantes : Cassation, 3 août 1848 (1); Tribunal de Bruxelles, 5 janvier 1872 (2); Bruxelles, 13 janvier 1888 (3); Bruxelles, 4 mai 1889 (4); Tribunal de Mons, 16 janvier 1891 (5); Tribunal de Bruxelles, 18 février 1891 (6); Tribunal de Namur, 18 juillet 1906 (7); Tribunal de Bruxelles, 25 mars 1905 (8) La jurisprudence belge ne s'est donc pas développée dans le même sens que la jurisprudence française, elle n'a pas fait du domicile un droit civil généralement refusé aux étrangers.

N° 5. — *La codification projetée.* — La Société d'études législatives a consacré, lors de l'étude de la question 73, de copieux débats au domicile des étrangers en France. Au sujet du droit au domicile, le projet primitif de M. Niboyet comprenait un article 4 ainsi conçu :

Art. 4. — « Tout étranger peut posséder un domicile en France. Sauf preuve contraire, l'étranger résidant en France est présumé y posséder son domicile ».

Cette rédaction ne persista pas, nous verrons quels sont les termes employés par le projet définitif lorsque nous étudierons les éléments de la notion de domicile pour les étrangers en France. Mais le principe du droit au domicile est resté acquis, ainsi que M. Niboyet le dit expressément dans son rapport (9) et qu'en témoigne le fait même que le futur article 12 C. c. prévoit précisément les éléments constitutifs de ce domicile.

(1) Cité par Haus, n° 106.

(2) Clunet, 1872, p. 684, Revue de D., I, 1872, p. 654.

(3) D. 1888, 2, 249.

(4) Clunet, 1889, p. 713.

(5) Clunet, 1893, p. 443 et Pasirisie 1892, 3, 161.

(6) Clunet, 1891, p. 593.

(7) Revue D. I. P., 1905, p. 755.

(8) Revue D. I. P., 1905, p. 753.

(9) Bulletin de la Société d'Etudes législatives, 1928, p. 322.

§ 2.— *Eléments du domicile de choix*

Une fois admise la possibilité juridique pour les étrangers de posséder un domicile en France, il convient d'établir en quoi consiste ce domicile, de dégager la notion française sur le domicile des étrangers en France. C'est là un travail si délicat que nous réserverons pour un prochain chapitre la question de savoir si cette notion est identique dans les différentes institutions juridiques où elle est appelée à intervenir. Nous n'envisagerons dans la présente section que le point suivant : le domicile des étrangers en France obéit-il aux articles 102 à 110 C. c. ? La notion de domicile applicable en droit international privé français au domicile des étrangers est-elle celle du droit civil interne français ?

N° 1. — *La doctrine.* — Les auteurs qui ont admis que les étrangers pouvaient acquérir un domicile en France, même s'ils ont fait des restrictions sur la portée juridique du droit ainsi consenti, ont généralement décidé comme une chose toute naturelle que ce domicile s'établissait et se conservait suivant les articles 102 à 110 C. c., et les règles du droit commun. La plupart n'ont même pas jugé utile de préciser ce point. Bonfils pense que les conditions constitutives du domicile sont les mêmes pour les étrangers que pour les Français. Fiore (1) dit de même : pour ce qui est du domicile de fait, on ne devra pas appliquer aux étrangers des règles différentes de celles admises pour les citoyens ». Renault, Brocher, Rouard de Card et Gerbaut partagent cette opinion. Ce dernier précise même : « les tribunaux auront à examiner si, au fait de l'habitation réelle en France, l'étranger a joint l'intention d'y fixer son principal établissement, question que le juge décidera, suivant les circonstances, *aux termes mêmes des articles 103 et 105 C. c.* ». Weiss affirme également (2) : « L'étranger non autorisé

(1) Trad. Antoine, § 420, I, p. 483 et ss.

(2) II, p. 428.

peut avoir sur le sol français un domicile légal *dans les termes de l'article 102* », et Valéry (1) : « Un étranger est domicilié en France dès qu'il y est établi dans des conditions telles que, s'il était Français, aucun doute ne pourrait s'élever à cet égard ». Enfin, M. Bartin (2) a exprimé une opinion analogue : « Je pense, avec mes savants collègues Audinet et Valéry, dit-il, que l'abrogation de l'article 13 doit avoir pour conséquence la possibilité pour l'étranger de fixer son domicile en France, *aux conditions de droit commun de l'article 102 C. c.* ».

N° 2. — *La jurisprudence.* — Quant à l'avis de la jurisprudence, on sait par quel trait principal elle différenciail le domicile des étrangers du domicile de droit commun : bien que la constitution d'un domicile légal exigeât, ainsi que nous le verrons plus loin, une résidence sérieuse et continue, l'autorisation gouvernementale en était cependant considérée comme l'élément essentiel et indispensable. A ce point de vue, le domicile des étrangers semblait donc une notion très nettement particulière. Et maintenant que l'autorisation à domicile est supprimée, peut-être doit-on conserver cette particularité en exigeant, pour la remplacer, un traité diplomatique accordant à des ressortissants étrangers le droit de posséder un domicile en France.

Mais la jurisprudence reconnaissait, nous l'avons dit, deux sortes de domiciles : celui qui avait reçu la consécration de l'autorisation du chef de l'Etat, était considéré comme le seul véritable, le seul légal, le seul susceptible de produire tous les effets attachés au domicile par les textes législatifs ou les principes de droit international. Mais les nécessités de la pratique avaient conduit à reconnaître l'existence d'un autre domicile, qui, sans avoir une puissance aussi absolue, était lui aussi générateur d'effets juridiques importants. Ce « domicile de fait », le seul qui soit désormais réalisable, en quoi con-

(1) N° 339, p. 435.

(2) Dans ses récents *Principes de D. I. P.* (I, n° 35).

sistait-il ? N'était-ce pas précisément le domicile prévu à l'article 102 ? Que disent les arrêts intervenus à ce sujet ?

Il semble bien que le domicile de fait, qui est toujours un domicile de choix, puisque précisément il est accordé en considération d'une situation de fait et non d'une règle légale, soit bien celui que les articles 102 et suivants du Code civil ont fait consister dans la fondation ou le transport du principal établissement joint à l'intention d'effectuer ce transport ou cette fondation, suivant les vieilles idées romaines qui s'étaient perpétuées dans l'ancien droit et réclamaient le concours du *factum* et de l'*animus*.

Le premier arrêt, où nous ayons relevé des règles précises concernant la notion du domicile de fait applicable aux étrangers, est celui de la Cour de Paris rendu le 16 mars 1831 dans l'affaire Bonar d'Hervas (1) : « Considérant, dit cet arrêt, que la loi sur le domicile est conçue en termes généraux et *n'établit aucune différence entre les étrangers et les régnicoles* ; que cette distinction serait contraire à la nature des choses et aurait pour résultat de porter atteinte à la foi publique et à la sûreté des transactions civiles et commerciales ; qu'il est de principe que les questions de domicile s'apprécient par les circonstances ; que la femme d'Hervas réside en France depuis 1812, qu'elle y a acquis depuis 1813 le domaine dont s'agit ». L'arrêtiste fut plus précis encore, qui résuma ainsi ces idées dans le sommaire de l'arrêt : « Le domicile en France s'établit de la même manière, et les mêmes présomptions sont admissibles, à l'égard de l'étranger et à l'égard du régnicole ».

De même l'arrêt de la Cour de Riom dans l'affaire Onslow (2) rappela tout d'abord les principes de l'ancien droit, affirma que la jurisprudence attribuait un domicile de fait à « l'étranger qui avait fixé son habitation réelle en France et qui avait eu l'intention de l'y fixer », et conclut qu'Onslow « est décédé dans la ville qui était

(1) S. 1831, 2, 237.

(2) S. 1835, 2, 378.

le lieu de sa résidence habituelle, celle de sa femme, de ses enfants, et où il avait le siège de sa fortune et de ses affaires ». On pourrait croire, en lisant ces termes, qu'il s'agit d'un Français.

Dans l'affaire Bòode le tribunal de Corbeil et la Cour de Paris différèrent d'appréciation sur la fixation de la résidence qu'ils reconnaissaient à l'étranger ; le tribunal de Corbeil croyait devoir la situer « nécessairement où il a sa propriété, ses meubles et son habitation » ; la Cour de Paris, au contraire (1), au lieu où l'étranger se trouve en fait. Cette dernière décision est restée isolée.

Dans un arrêt de Caen du 5 janvier 1846 (2) nous voyons qu'un anglais est considéré comme domicilié en cette ville parce que « il y a sa famille et son principal établissement ». C'est également à cette notion caractéristique de *principal établissement* que se réfèrent, par la suite, l'arrêt rendu dans l'affaire Lloyd (3), qui tient compte également des attaches effectives de l'intéressé, et l'arrêt Connolly (4), qui tient compte également du siège de la fortune.

L'arrêt de la Cour de Pau du 9 juin 1857 (5) fut plus net encore, affirmant « que le domicile exceptionnel de l'article 13 est indépendant de celui que peut choisir, en droit commun, tout individu, domicile légal *qui s'établit à l'égard des étrangers comme à l'égard des nationaux par le double fait de la résidence réelle et de l'intention* ».

La même idée revient constamment dans toutes les décisions : « Attendu, dit le tribunal de Lyon (6), que Rachel a à Lyon son domicile proprement dit, c'est-à-dire le centre non seulement principal, mais unique de ses affaires ». La Cour de Besançon prend, elle aussi, dans l'affaire Beaumat (7), une position de principe. Après avoir affirmé la possibilité légale pour les étran-

(1) 9 mai 1835, S. 1835, 2, 278.

(2) D. 1846, 2, 169 ; S. 1847, 2, 468, aff. Mudie c. Wheatley.

(3) Paris, 3 août 1849, D. 1849, 2, 182 ; S. 1849, 2, 420.

(4) Paris, 25 mai 1852, S. 1852, 2, 289.

(5) D. 1858, 2, 137.

(6) Sous Lyon, 25 février 1857, S. 1857, 2, 625.

(7) 25 juin 1860, S. 1860, 2, 591.

gers de posséder un domicile en France, elle ajoute : « Ils y demeurent, conséquemment, à cet égard, sous la disposition de la loi commune qui n'exige pour l'établissement du domicile que le fait de l'habitation réelle jointe à l'intention de l'établir ». De même la Cour de Metz, le 23 novembre 1865, dans une affaire analogue, déclare que les étrangers peuvent acquérir un « domicile ordinaire », lequel s'acquiert indépendamment de l'autorisation de l'article 13, par la volonté de l'individu, et se révèle dans son établissement par la double circonstance du fait et de l'intention (1). Aussi le tribunal de Marseille avait-il cru pouvoir dire, le 28 mai 1867, dans l'affaire Mélizet : « Le domicile est l'établissement d'une personne dans le lieu où elle entend fixer sa résidence ; il consiste donc dans le fait d'une habitation réelle joint à l'intention d'un établissement permanent ». Il eut seulement le tort d'estimer ce domicile suffisant pour régir la dévolution de la succession, ce pourquoi la Cour de cassation cassa ce jugement (2).

Dans l'affaire de la succession Luscombe (3), le tribunal du Havre constata successivement : « que les père et mère de la demoiselle Luscombe, ont, il y a près de soixante ans, fixé en France le centre de leurs affaires et non seulement leur principal, mais leur unique établissement ; ... que leur fille s'y est constitué ce domaine immobilier si caractéristique de la fixité et de l'immuabilité d'une résidence », et d'autre part : « que par une volonté persévérante et manifestée d'une manière continue sans aucun incident qui permette de supposer chez eux... une volonté contraire, la famille Luscombe et la défunte en particulier ont établi au Havre leur domicile ».

Voici quels furent les éléments retenus par la Cour de Paris dans l'affaire Specht pour attribuer à ce dernier un domicile de fait en France (4) : « L'établissement de sa famille, la fixité de son foyer, l'assiette de sa fortune,

(1) D. 65, 2, 208 ; S. 65, 2, 320, aff. Dave.

(2) D. 1869, 1, 294 ; S. 1869, 1, 138.

(3) 22 août 1872, S. 1872, 2, 313.

(4) S. 1874, 1, 19 ; D. 1875, 1, 271.

ses dispositions testamentaires, ses habitudes, le gouvernement de ses affaires, et enfin la désignation du lieu de son tombeau ».

Dans l'affaire Becker c. Meyer, le tribunal de Bordeaux, le 7 août 1878, constata « que Meyer est venu s'établir à Bordeaux vers 1805, et que depuis il y a constamment résidé jusqu'à sa mort ; que Bordeaux était le centre de ses affaires et le lieu de sa résidence ; qu'il y a accompli tous les actes principaux de sa vie civile » ; et la Cour, le 19 août 1879 (1) « qu'il avait à Bordeaux sa résidence et le siège de ses affaires ; qu'il y est mort et y a désigné le lieu de sa sépulture ». Les deux juridictions tinrent également compte de ce fait que Meyer n'avait aucun autre établissement à l'étranger.

Il est intéressant de constater que la Cour d'Aix décida, le 4 mai 1885 (2), que le sieur Botock n'avait même pas en France un domicile de fait parce que « il n'a à Marseille qu'un établissement accidentel, y étant le gérant du comptoir d'une maison de commerce dont il est membre et dont le siège est à Alep ». En jugeant cette résidence insuffisante, la Cour nous montre que la jurisprudence sur le domicile de fait n'est pas dépourvue d'une certaine rigueur, et permet ainsi de préciser cette notion.

Le 19 juin 1894, la Cour de Paris (3) eut à connaître de la succession du duc de Brunswick. Cette affaire était extrêmement importante, puisque le défunt laissait une somme de 313 millions que se disputaient la dame de Civry (dont l'insistance à se prétendre fille naturelle du duc, a enrichi le droit international privé de nombreuses décisions intéressantes rendues dans divers pays), et la ville de Genève légataire universelle du *de cujus*. Cette affaire particulièrement délicate donna lieu à plusieurs instances compliquées. Elle nous intéresse en ce sens que la Cour de Paris eut à déterminer le domicile

(1) Les deux décisions, S. 1880, 2, 247.

(2) D. 1886, 2, 129 ; S. 1887, 2, 234.

(3) Clunet, 1894, p. 1032. Concl. subst. Madier, D. 1894, 2, 513 ; S. 1896, 1, 225.

du défunt dans des circonstances de fait qui valent la peine d'être rapportées. Le duc de Brunswick avait quitté ses Etats chassé par la révolution et était venu se fixer à Paris en 1832, où il habita successivement avenue des Champs-Élysées, puis rue de Beaujon « avec tout le luxe que comportaient son immense fortune et son ancienne condition ». Il y resta plus de trente années pendant lesquelles il alla résider assez longtemps en Angleterre et en Hollande, mais en conservant à Paris son immeuble, ses meubles, ses « riches galeries » et même « son écurie somptueusement montée ». Lorsque survint la guerre de 1870, le duc, sujet allemand, dut quitter la France et alla habiter Genève où il demeurait encore le 5 avril 1873 lorsque la mort vint le prendre sans qu'il fût rentré à Paris. Où se trouvait son domicile le jour de son décès ?

La Cour décida que « son principal établissement était bien, sans conteste, son hôtel de la rue Beaujon, à Paris ». Pour en juger ainsi, bien que le défunt n'eût pas reparu à son domicile depuis plus de deux ans et demi, qu'il en avait été même expulsé par le gouvernement et se trouvait par conséquent dans l'impossibilité légale d'y rentrer, la Cour, d'une part, analysa le caractère du séjour du duc à Genève et constata qu'il y habitait « à l'hôtel sans train de maison, réglant ses dépenses à la semaine et y vivant comme un voyageur toujours prêt à regagner le lieu de son principal établissement », d'autre part constata qu'il continuait de payer à Paris sa cote personnelle-mobilière, de sorte qu'il n'y avait pas eu réellement changement de domicile. De plus, en 1871, le duc de Brunswick avait, sur la poursuite d'un créancier, décliné la compétence du tribunal de Genève en se proclamant domicilié à Paris, et le tribunal avait reconnu le bien-fondé de son exception. Il y avait là une manifestation de volonté assez nette, bien que les dispositions testamentaires du duc soient de nature à faire penser que cette volonté avait peut-être changé par la suite, mais la Cour ne s'est pas préoccupée de cette indication troublante. Quoiqu'il en soit, il est clair que c'est la notion du Code civil sur le domicile et son changement qui fut

appliquée là à un étranger dans les mêmes conditions qu'à un Français.

La Cour de cassation elle-même définit explicitement le domicile de fait dans son arrêt du 28 juillet 1902 (1) : « Attendu que l'étranger peut, *en transportant en France son principal établissement*, s'y créer par sa seule volonté un domicile de fait... ».

C'est la même idée que reprit le 11 mars 1904 (2) le tribunal de la Seine en déclarant que le domicile de fait se caractérise « par un séjour prolongé, par un établissement sérieux et par l'intention de demeurer en France où se trouve le centre des relations et des affaires de l'étranger ». La résidence équivaut à domicile, dit à son tour la Cour de Paris le 26 mai 1905 (3), lorsque l'étranger « réside en France d'une manière permanente depuis plusieurs années, lorsqu'il s'y livre à des opérations de commerce, lorsqu'il y a le centre de ses affaires et son installation personnelle. La Chambre des requêtes, dans un arrêt du 14 juin 1910 (4), déclara que : « doit être considéré comme ayant son domicile en France l'étranger qui y a contracté mariage, y possède des immeubles importants, y a toujours vécu ; il en est de même de l'étranger qui y transporte son mobilier, s'y installe dans un immeuble appartenant à son conjoint, et se déclare lui-même domicilié en France dans divers actes de procédure ». Les jugements et arrêts Molist (5), Sciaky (6), et Mallinson (7), se réfèrent à la notion bien française de « principal établissement », qui est celle de l'article 102 C. c. De même encore l'arrêt de la Chambre des requêtes réglant de juges le 11 avril 1927 dans l'affaire Nazon Mardochée dit Max Froudking (8), qui reproduisit le texte essentiel de l'arrêt de cassation du 28 juillet 1902 dans l'affaire Tornu.

(1) D. 1902, 1, 398 ; S. 1907, 1, 114, aff. Tornu.

(2) Clunet, 1907, p. 434, aff. Mack.

(3) S. 1907, 2, 109, aff. Betschart.

(4) Clunet, 1912, p. 209, aff. Martinez.

(5) Carcassonne, 20 juin 1917, Clunet 1917, p. 1774.

(6) Paris, 29 décembre 1925, Clunet 1926, p. 937.

(7) Rouen, 19 décembre 1927, Clunet 1928, p. 1027, D. H. 1928, p. 208.

(8) S. 1927, 1, 216.

Le 30 décembre 1929, la Chambre des Requêtes a rendu un arrêt qui est à la fois un des plus récents et des plus caractéristiques (1). Dans le but de se soustraire au paiement de droits successoraux considérables, les héritiers de H. Say prétendaient que le *de cujus* n'avait en France ni domicile de droit ni domicile de fait, mais seulement une résidence incapable d'assujettir sa succession à l'impôt sur la mutation des valeurs mobilières. Le fisc soutenait l'opinion contraire. La Cour de cassation a défini alors ce que la loi du 23 avril 1871 entendait par « domicile sans autorisation », et cette définition s'applique au domicile de fait en général. C'est, a dit la Cour suprême, « *un établissement ou une résidence qui, pour un Français, constitueraient un véritable domicile* ». Ce dernier arrêt contient donc la réponse à la question que nous avons posée à la jurisprudence : la notion applicable à la détermination du domicile de fait des étrangers en France est bien la notion du domicile de choix consacrée par le Code civil, puisque sur ce point la Cour de cassation assimile l'étranger au Français (2).

N° 3. — *La codification projetée.* — Le projet discuté par la Société d'Etudes législatives en 1928-1930, non seulement a admis le principe du droit pour les étrangers de posséder un domicile en France, mais encore contient des dispositions minutieuses et complètes sur les éléments du domicile de choix qui est ainsi reconnu aux étrangers.

Le projet primitif de M. Niboyet comportait un article 5 ainsi conçu : « Est domicilié obligatoirement en France tout étranger qui remplit, quelle que soit son intention, l'une des conditions suivantes :

1° Immatriculation en France en qualité de travailleur étranger.

(1) *Gaz. Pal.*, 4 février 1930, aff. H. Say.

(2) Nous ferons d'ailleurs une critique à l'arrêt de la Chambre des Requêtes : il apparaît bien des faits de la cause que le principal établissement de Say était à Paris où il avait le centre de ses affaires et la majeure partie de son mobilier, mais son intention conforme était bien loin d'être établie, en sorte que la solution fiscale de cet arrêt risque de lui ôter une partie de son poids.

2° Exercice d'un commerce soumis à l'impôt des patentes, joint à une résidence habituelle.

3° Séjour habituel en France depuis au moins trois ans, joint au principal établissement.

Et l'article 6 disposait : « Peut également acquérir un domicile en France l'étranger qui joint à son établissement une déclaration expresse de domicile » (1).

A la suite des discussions devant la Commission, ces deux articles furent condensés et transformés et le projet présenté à l'assemblée générale prévoyait l'insertion à l'article 12 C. c. du texte suivant :

« Sont domiciliés en France : 1° L'étranger ayant son principal établissement en France dans les conditions prescrites par les articles 102 à 105 C. c. ; 2° l'étranger qui, à défaut de ces conditions, possède sa résidence habituelle en France depuis au moins trois ans, jointe à une exploitation commerciale ou agricole, à une industrie ou à un emploi salarié, ou à toute autre activité professionnelle ; 3° l'étranger mineur dont les père, mère ou tuteur sont domiciliés en France ; 4° La femme mariée étrangère dont le mari est domicilié en France ».

M. Niboyet donne dans son rapport les précisions suivantes (2) : « En outre il fallait prévoir le cas, devenu des plus pratiques, des étrangers ayant en France leur principal établissement sans que la preuve de cette intention puisse être faite, aussi le projet la présume-t-il à l'égard des étrangers qui remplissent certaines conditions... Ces dernières circonstances entraînent la présomption d'intention nécessaire au domicile, que la loi projetée consacre. Seulement c'est une présomption *irréfragable*, en raison des circonstances mêmes..., nous n'allons, avec cette solution, à l'encontre d'aucune règle. Nous établissons une distinction très naturelle entre les conditions d'acquisition d'un domicile en droit interne et en droit international. Nous présumons pour celui-ci ce qui doit être établi pour le premier... Notre conception purement interne du domicile dans l'article 102 C. c. ne suffit plus

(1) Bulletin, 1928, p. 343.

(2) Bulletin, 1928, p. 326.

pour les rapports internationaux où elle se présente sous un aspect nettement différent ».

La question fut longuement discutée devant l'assemblée générale à la séance du 31 janvier 1930 (1). On fit remarquer que les étrangers en villégiature en France, où ils possèdent parfois des immeubles, n'étaient pas compris dans la présomption légale ; M. Niboyet expliqua que celle-ci n'avait été établie qu'en faveur de l'activité professionnelle. Les membres de la Société étant favorables à une présomption même et surtout à l'encontre des oisifs, et le bâtonnier Mennesson ayant proposé de la fixer d'après le nombre d'années de résidence, on s'arrêta à cette solution malgré les observations très justes du président Teissier. Celui-ci fit en effet remarquer (2) que le projet prévoyant l'acquisition du domicile par les étrangers dans les conditions de l'article 102 C. c., la modification qu'on voulait lui apporter aboutissait à domicilier les étrangers en France malgré leur intention contraire : « Pour le domicile, dans notre législation, dit-il, on tient compte essentiellement de l'intention, et ici on nous demande de nous écarter de ce principe en imposant un domicile contre l'intention de celui à qui on l'impose. Pour aller aussi loin, il faut de sérieuses raisons. Je comprends que dans le secundo de cet article on s'écarte de la notion d'intention, car on ne le fait que parce que certains éléments permettent de présumer cette intention. Si tout élément manque, on s'écarte de façon absolue des principes auxquels nous sommes attachés, en décidant que, par ce seul fait qu'ils seront installés chez nous pendant un certain temps, les intéressés auront en France leur domicile. Il y a là une atteinte aux principes, qui me choque ».

Le texte fut cependant modifié dans le sens désiré par l'assemblée, et sa teneur dans le projet définitivement adopté le 9 mai 1930 (3) était la suivante : « Sont domiciliés en France :

(1) Bulletin, 1930, p. 92.

(2) P. 94.

(3) Bulletin, 1930, p. 151.

1^o L'étranger ayant son principal établissement en France dans les conditions prescrites par les articles 102 à 105 C. c.

2^o L'étranger qui, à défaut de ces conditions, possède sa résidence habituelle en France.

a) Depuis au moins trois ans s'il y exerce une activité professionnelle ;

b) Depuis au moins cinq ans s'il n'y exerce aucune activité professionnelle.

c) Sans conditions de délai s'il ne justifie pas d'un domicile en pays étranger.

3^o L'étranger mineur dont les père, mère ou tuteur sont domiciliés en France.

4^o La femme mariée étrangère dont le mari est domicilié en France ».

Il y aurait donc, dans le droit positif futur, des différences considérables entre le domicile de l'article 102 et le domicile des étrangers en France (futur art. 12 C. c.).

§ 3. — *Domicile de dépendance*

Si les articles 102 à 105 C. c. sont applicables au domicile de choix des étrangers en France, en est-il de même des articles 106 à 110 C. c. qui réglementent le domicile de dépendance ?

On ne voit pas à première vue, ce qui pourrait s'y opposer, mais nous savons qu'en ce qui concerne le domicile des Français à l'étranger, la jurisprudence n'a pas admis cette solution sans réticence. Les auteurs n'ont pas fait connaître leur sentiment sur ce point délicat. Seul Brocher semble admettre que les articles 108 et 109 C. c. sont applicables, mais seulement une fois que la qualité de mineur, de femme mariée ou d'interdit aura été constatée par le statut personnel des incapables (1). Il est évident d'ailleurs que les auteurs qui sont partisans de l'application de leur loi nationale à la détermination du domicile des étrangers n'avaient pas à s'en préoccuper, puisqu'il n'y a pas lieu dans ce cas à l'application

(1) I, p. 254, n^o 79.

d'une notion française. Il est vrai qu'ils ont admis des exceptions qui permettent à la loi française de déterminer parfois le domicile des étrangers en France, mais ils n'ont pas alors précisé le point qui nous occupe, et qui est le suivant : les règles des articles 106 à 110 C. c. sur le domicile de dépendance jouent-elles pour la détermination du domicile des étrangers ? La jurisprudence paraît bien répondre affirmativement à cette question.

Certes, le très petit nombre des cas où cette hypothèse s'est présentée devant nos tribunaux rend leur solution insuffisamment nette, mais il semble bien qu'ils n'ont pas éprouvé ici les hésitations que nous avons relevées au sujet du domicile des Français en droit international privé, et que la notion française du domicile de dépendance des étrangers en droit international privé est bien celle du Code civil.

N^o 1. — *Domicile du mineur étranger.* — Si vraiment l'arrêt de Bastia du 8 décembre 1863 (1) rendu dans l'affaire Catherine da Costa, a appliqué la loi française à la détermination du domicile de cette mineure, elle y a compris les règles sur la dépendance, car elle a jugé qu'elle ne pouvait avoir « d'autre domicile que celui de son père »

Dans les mêmes conditions, la Cour de Paris le 29 juillet 1876 (2) décida que la jeune Morand « ne pouvait comme mineure, avoir d'autre domicile que celui de son père ».

La Cour de Pau, dans l'affaire Forgo le 14 mars 1874, affirme, nous l'avons vu « qu'aux termes de la loi bavarroise comme aux termes de la loi française le mineur a son domicile chez ses père et mère ou tuteur » ; elle considère donc comme certain qu'en droit international privé français l'article 108 s'applique aux étrangers ; et ceci fut même explicitement et textuellement déclaré par la Cour de Toulouse quand elle rendit dans la même affaire son arrêt du 22 mai 1880 (3). Nous avons dit

(1) D. 1864, 2, 1.

(2) D. 1872, 2, 223, S. 1873, 2, 148.

(3) S. 1880, 2, 294, D. 1881, 2, 93.

d'ailleurs qu'elle semblait y voir une question d'ordre public (1).

Le jugement de la Rochelle du 24 juin 1913 (2) fut aussi formel sur ce point (3). Enfin les arrêts Molist, Landeau et Feldstein (4) dont nous avons rapporté plus haut les motifs (5) ont tous pareillement affirmé qu'un mineur, même étranger était toujours domicilié chez ses parents, et que l'article 108 recevait dans ce cas une application normale et nécessaire.

N° 2. — *Domicile de la femme mariée étrangère.* — Nous n'avons relevé aucune décision explicite des tribunaux au sujet du domicile de la femme mariée étrangère, c'est que la difficulté n'a pas été soulevée devant les tribunaux, mais elle aurait pu l'être fréquemment, dans toutes les affaires de divorce par exemple; on trouve quelques arrêts qui se sont contentés de remarquer que le mari étant domicilié à tel endroit, la femme ne pouvait avoir d'autre domicile (6). Il est donc à présumer que la jurisprudence aurait adopté la même attitude que vis-à-vis du mineur, et que le domicile de dépendance prévu par l'article 108 C. c. qui fait partie de notre droit civil interne, et ne possède peut-être plus la même rigueur en droit international privé français sur le domicile des nationaux, serait intégralement incorporé au droit international privé français sur le domicile des étrangers. Le fait que sa loi nationale autorise la femme à avoir un domicile séparé de celui de son mari, doit être, en principe, sans aucune influence dans la cause, puisque c'est la loi française qui s'applique par hypothèse à la détermination du domicile et non la loi personnelle de l'intéressé. Cette notion française comprend-elle l'article 108 et les règles

(1) Chap. IV, section III, p. 192.

(2) Aff. Meyer, D. 1916, 2, 5.

(3) Cf. *eodem loco*.

(4) Molist (Carcassonne, 20 juin 1917, Clunet, 1917, p. 1774) ; Landeau (Seine, 20 juin 1918, Clunet, 1918, p. 1219), et Feldstein (Seine, 12 décembre 1918, Clunet, 1919, p. 331).

(5) Cf. *eodem loco*.

(6) Amiens, 2 mars 1909 (D. 1911, 2, 130) ; Lille, 16 juin 1928, Clunet 1929, p. 379.

coutumières sur le domicile de la femme séparée de corps de la femme en instance de divorce, etc... toute la question est là, et nous pensons qu'il doit y être répondu affirmativement, faute par la jurisprudence de s'être prononcée en sens contraire.

N° 3. — *Domicile du domestique étranger.* — Nous n'avons relevé non plus aucune décision, même implicite, touchant l'application de l'article 109 aux étrangers. Doit-on considérer le domestique étranger comme domicilié chez son maître, que celui-ci soit étranger lui-même ou bien Français ? Il est certain que cet article ne serait pas comme l'article 108 C. c. considéré par les tribunaux comme étant d'ordre public. Dans sa note au sujet du domicile du domestique (1) M. Niboyet a envisagé cette hypothèse et a conclu que le domestique étranger employé chez un maître français en France ou à l'étranger avait son domicile chez ce Français, et que le domestique étranger employé chez un étranger avait son domicile au même lieu que lui. Mais la jurisprudence ne s'est jamais prononcée.

N° 4. — *Combinaison du domicile de dépendance et du domicile de choix.* — Une conséquence intéressante de l'application des règles françaises sur la dépendance du domicile des étrangers en France est la suivante : avant la loi de 1927, lorsqu'un étranger avait son domicile légal chez un autre étranger, le domicile de dépendance du premier ne se trouvait en France qu'autant que le second y possédait un domicile autorisé. C'est ce qui fut explicitement décidé notamment dans l'affaire Catherine de Costa (2), l'affaire Morand (3) et l'affaire Meyer (4). Par contre dans les affaires Molist (5), Landeau (6) et Feldstein (7), les tribunaux décidèrent que le domicile de dépendance de

(1) S. 1927, 1, 57.

(2) Bastia, 8 décembre 1863, D. 1864, 2, 1.

(3) Paris, 29 juillet 1872, D. 1872, 2, 223 ; S. 1873, 2, 148.

(4) La Rochelle, 24 juin 1913, D. 1916, 1, 5.

(5) Carcassonne, 20 juin 1917, Clunet, 1917, p. 1774.

(6) Seine, 20 janvier 1918, Clunet, 1918, p. 1219.

(7) Seine, 12 décembre 1918, Clunet, 1919, p. 331.

ces trois mineurs se trouvait en France au domicile de fait de leurs parents. C'est qu'ils ont appliqué la notion spéciale du domicile telle qu'elle résulte des lois sur la nationalité et que nous analyserons plus loin, non seulement au domicile de l'intéressé lui-même, mais encore au domicile des personnes chez lesquelles la loi les domicilie impérativement.

En dehors de cette matière particulière qu'est la nationalité, le domicile des étrangers en état de dépendance se trouvait au domicile légal des personnes dont elles dépendaient, ainsi que cela se produisait d'ailleurs en droit interne où le domicile du domestique du fils de famille se trouvait chez le père de ce dernier, le domicile de la femme de chambre de la femme mariée chez le mari de celle-ci, et le domicile des enfants mineurs de l'interdit légal chez le tuteur de leur père (1). Mais la suppression de l'admission à domicile a relégué ce problème dans le domaine des controverses passées.

N° 5. — *Codification projetée.* — Si le projet de la Société d'Etudes Législatives dont nous avons déjà parlé, était intégralement voté par le Parlement, il résoudrait la question du domicile de dépendance des étrangers en droit international privé français. En effet, sur une question de M. Collin à la réunion de la Commission le 25 juin 1928 (2) M. Niboyet incorpora au texte qu'il proposait les deux alinéas suivants qui figurent, nous l'avons vu, au projet définitif.

« Sont domiciliés en France : ... 3°) l'étranger mineur dont les père, mère ou tuteur sont domiciliés en France ; 4°) la femme mariée étrangère dont le mari est domicilié en France ».

Donc, les règles de l'article 108 C. c. s'appliqueront officiellement, tout au moins lorsque la personne chez qui se trouve le domicile de dépendance est elle-même domiciliée en France. Le projet ne dit rien de l'article 109 C. c.

(1) Ce point mériterait d'ailleurs une étude particulière. Voir ce qu'en dit Savatier, et les exemples curieux qu'il cite (PLANIOU et RIPERT, I, § 158, p. 176).

(2) Bulletin, 1928, p. 354.

Les domestiques étrangers auront-ils leur domicile de dépendance chez leur maître en France ? c'est assez peu probable ; il semble qu'on puisse tirer du futur article 12 C. c. l'argument *a contrario* suggéré par M. Colin, d'autant plus que M. Niboyet, rapporteur du projet, a déjà critiqué par ailleurs (1) le caractère singulier et désuet de l'article 109 C. c.

§ 4. — *Domicile élu*

En ce qui concerne cette autre modalité du domicile que constitue le domicile élu, nous dirons que rien ne s'oppose à ce que l'étranger ait en France un domicile élu. Au contraire ce domicile sera même obligatoire chaque fois que la loi l'exige pour l'exercice des droits auxquels les étrangers sont admis comme les Français (procédure, contrats, etc...). Dans ce cas, la notion de domicile élu applicable à l'étranger est strictement la même que celle applicable au Français (2).

On ne trouve pas dans la jurisprudence de décisions de principe, mais c'est que la pratique du domicile élu dans les matières où il intervient n'a pas soulevé de difficulté. Les tribunaux ont eu cependant à se prononcer parfois sur la possibilité ou l'existence d'un domicile élu, au sujet de la compétence. Pour tourner, dans certaines hypothèses favorables, le principe de l'incompétence des juridictions françaises pour trancher les contestations entre étrangers, les tribunaux ont quelquefois estimé que, par une élection de domicile tacite, l'étranger s'était volontairement soumis à leur juridiction.

La Cour de Cassation en décidait déjà ainsi le 26 avril 1832 (3). De même nous avons déjà signalé que la Cour d'Aix, le 23 mai 1887 (4), avait jugé que le fait pour un étranger de se dire, dans son contrat de mariage, « domicilié » en France, valait élection tacite de domicile pour

(1) S. 1927, 1, 57.

(2) En ce sens VALÉRY, p. 120 et ss.

(3) S. 1832, 1, 455.

(4) S. 1888, 2, 104.

toutes les difficultés susceptibles de s'élever à l'occasion de l'exécution de ce contrat.

Le 29 juillet 1890 (1) la Chambre des Requêtes se prononça sur le règlement de juges dont l'avaient saisie les époux Sobolewski. Ceux-ci avaient été assignés devant le tribunal de Bordeaux par des entrepreneurs qui avaient effectué des travaux à leur résidence d'Arcachon ; ils en déclinèrent la compétence, prétendant qu'ils devaient être cités devant le tribunal de la Seine car ils possédaient à Neuilly un domicile de fait où était leur principal établissement. Mais dans tous les contrats passés avec ces entrepreneurs, Sobolewski ne s'était jamais désigné d'autre résidence qu'Arcachon, aussi la Cour de Cassation jugea-t-elle : « que ces énonciations n'auraient pas eu de sens si on ne les avait prises comme indicatives d'un domicile choisi pour le règlement des difficultés particulières auxquelles pourraient donner lieu les réclamations qui y figuraient ; qu'elles contiennent donc la volonté manifeste, de la part de Sobolewski, de recevoir les actes qui lui seraient délivrés par Martin au lieu où il disait lui-même se trouver, et par suite y constituer domicile ; ... Qu'il résulte de ces faits et circonstances que Martin était autorisé à assigner Sobolewski au domicile spécial que celui-ci lui avait fait connaître et ne peut renier à son gré ».

Ces décisions admettent la possibilité pour l'étranger d'élire domicile même tacitement, et cette élection emporte les mêmes conséquences juridiques que vis-à-vis des nationaux. Sans y être absolument opposé, l'arrêt rendu le 8 juillet 1927 par la Cour de Saïgon (2) a marqué une tendance restrictive ; il n'a pas voulu considérer comme une élection de domicile celle mentionnée dans une assignation, chez l'officier ministériel qui avait été chargé des intérêts du demandeur : « Considérant, dit-il, que l'élection de domicile constituant une abdication de droits doit être formellement exprimée, sans pouvoir se déduire du seul choix d'un mandataire ».

(1) D. 1891, 5, 252 ; S. 1891, 1, 16, Clunet, 1890, p. 900, rapport Denis.

(2) Clunet, 1928, p. 1048, aff. O' Neill c. Dulac.

Donc le domicile élu des étrangers en France ne demande pas beaucoup d'observations. L'élection de domicile expresse et spéciale leur est ouverte dans les mêmes conditions qu'aux Français ; l'élection tacite est également possible et se déduit des circonstances de fait, circonstances que les dernières tendances de la jurisprudence conduisent à apprécier assez rigoureusement.

§ 5. — *L'admission à domicile*

Avant de clore cette section, il nous reste à dire quelques mots de l'institution qui a constitué la clef de voûte du système de la jurisprudence française en matière de domicile, de ce qu'on a appelé « l'admission à domicile » (1).

Cela n'offre plus d'ailleurs qu'un intérêt restreint et surtout rétrospectif puisque la loi de 1927 a aboli cette institution que le commentateur du Dalloz qualifia à cette époque d'« archaïque » (2). Mais il est impossible de passer sous silence l'histoire et les particularités de cette formalité qui joua un rôle si important.

N° 1. — *Historique.* — Le texte de 1804 de l'article 13 portait : « l'étranger qui aura été admis par le gouvernement à établir son domicile en France, y jouira de tous les droits civils tant qu'il continuera d'y résider » ; le texte de 1807 précisa : « l'étranger qui aura été admis par l'autorisation de l'empereur à établir son domicile en France... » ; le texte de 1816 remplaça « l'autorisation de l'empereur » par « l'autorisation du roi ». Les changements de régime de 1852 et 1870 reprirent tour à tour la rédaction de 1807, puis de 1804.

La loi du 26 juin 1889 apporta plusieurs changements intéressants : « l'étranger qui aura été autorisé par décret à fixer son domicile en France y jouira de tous les droits civils ». Ce premier alinéa tranchait la question

(1) Cf. WEISS, *L'admission à domicile des étrangers en France et la loi du 26 juin 1889 sur la nationalité*, Clunet, 1899, p. 5 et ss., et L'EBRALY, thèse Paris, 1898.

(2) D. 1928, IV, 1.

du mode d'octroi de l'autorisation qui était jusque là sujet à controverse ; par contre, en omettant les mots « tant qu'il continuera d'y résider », il ouvrait la porte à de nouvelles discussions sur l'exigibilité de cette condition. Le second alinéa disposait ainsi : « l'effet de l'autorisation cessera à l'expiration de cinq années, si l'étranger ne demande pas la naturalisation ou si la demande est rejetée ». Nous avons vu que cette limitation, qui rendait temporaire la faveur gouvernementale et ses effets avait été introduite pour contraindre les étrangers admis à domicile à demander leur naturalisation. Une difficulté qui ne s'est jamais présentée aurait pu s'élever sur le point de savoir si l'autorisation continuait à produire son effet entre l'expiration du délai de cinq ans et la décision postérieure du chef de l'Etat sur la demande de naturalisation présentée *in extremis* par l'étranger. Il semble que le texte de l'alinéa deux de l'article 13 autorisait à répondre affirmativement dans ce cas singulier. Enfin le troisième alinéa stipulait : « en cas de décès avant la naturalisation, l'autorisation et le temps de stage qui a suivi profiteront à la femme et aux enfants qui étaient mineurs au moment du décret d'autorisation ». Cet alinéa fait produire dans ce cas à l'autorisation du Gouvernement un effet collectif, qui avait été jusqu'alors discuté. Devait-on tirer de cet exemple un argument d'analogie en faveur de l'effet collectif dans d'autres hypothèses, ou au contraire un argument *a contrario* suivant l'adage « *specialia generalibus derogant* ».

N° 2. — *A qui elle était accordée.* — Ce qui pourrait justifier cette dernière opinion, c'est que précisément l'autorisation à domicile pouvait être accordée à tout étranger, même aux incapables, mineurs, femmes mariées, ou interdits sur la demande de leurs représentants (1). Cependant, plusieurs arrêts avaient affirmé par contre, avant la loi de 1889 l'effet collectif de l'autorisation, en particulier, son extension à la femme de l'étranger autorisé. Ce fut le cas le 14 juillet 1845, où la Cour de Bor-

(1) Bordeaux, 24 mai 1876, D. 1878, 2, 79.

deaux (1) affirma que si l'anglais Palmer autorisé régulièrement à établir son domicile en France y avait résidé réellement « il n'est pas douteux qu'il y aurait eu la jouissance des droits civils ; qu'il aurait communiqué à la dame Palmer la jouissance de ces droits civils, et que la dame Palmer sous ce rapport aurait incontestablement une hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France ».

La Cour de Douai décida de même le 7 juin 1853 (2) : « Attendu que Colett, anglais d'origine, a été admis par décret en date du 1^{er} avril 1848 à jouir des droits civils ; que la femme, qui suit la condition de son mari, participe nécessairement à cette autorisation ». Enfin la Cour de Paris le 13 août 1889 (3) spécifia aussi clairement : « considérant que la princesse Roukia soutient que l'autorisation donnée à son mari s'étend virtuellement à elle, qu'elle justifie avoir fréquemment résidé à Paris avec Taher ben Aiad, et que, dès lors, son droit de se prévaloir du décret d'autorisation par elle invoqué est incontestable ». L'arrêtiste signale en note que cette opinion partagée par Demante, Aubry et Rau, et Féraud-Giraud, était violemment attaquée par Demolombe, Zacchariae, Laurent et Weiss, qui, par analogie avec la naturalisation, prétendaient que l'autorisation à domicile n'avait que des effets personnels ; il estime, quant à lui, que la loi de 1889 a tranché la question en faveur de la première opinion qui est celle de l'arrêt.

N^o 3. — *Condition de ses effets.* — Voilà donc à qui l'autorisation pouvait être accordée. A quelles conditions poursuivait-elle ses effets ? L'article 13 répondait : « tant que l'étranger continuera d'y résider ». Et c'est ainsi que dans l'affaire Palmer précédemment citée (4), la Cour de Bordeaux refusa d'attribuer à cet anglais la jouissance des droits civils car il était établi que, bien

(1) D. 1846, 2, 163 ; S. 1846, 2, 394.

(2) Sous Cassation, 23 juillet 1855, D. 1855, 1, 353, S. 1856, 1, 148.

(3) D. 1890, 2, 161. Cf. également dans le même sens : Paris, 15 février 1898 (Clunet, 1898, p. 717).

(4) Bordeaux, 14 juillet 1845, D. 1846, 2, 163 ; S. 1846, 2, 394.

qu'il eût obtenu l'autorisation royale, il n'avait pas véritablement résidé en France. Il était en effet membre du Parlement britannique et officier de l'armée anglaise comme tel obligé à une présence fréquente en Angleterre, et d'ailleurs dans les divers actes juridiques qu'il avait passés il s'était toujours dit domicilié, soit à Londres, soit à Bath.

La loi du 26 juin 1889 dans son remaniement de l'article 13, vint supprimer le membre de phrase qui établissait cette condition. Néanmoins la Cour de Cassation décida le 10 mars 1897 (1) qu'elle subsistait cependant car rien dans les travaux préparatoires n'expliquait cette suppression probablement involontaire, et, le but essentiel de l'autorisation étant toujours de préparer la naturalisation, la nécessité d'une résidence restait en effet toujours impliquée.

Et cette condition fut encore exigée par la Cour de Paris le 15 février 1898 (2) à l'encontre de la dame X... qui n'avait eu en France « qu'une résidence passagère pendant quelques mois ».

Une fois l'autorisation accordée à l'étranger, elle ne pouvait être retirée que par un nouveau décret rendu après avis du Conseil d'Etat.

N° 4. — *Effet de l'autorisation.* — Quant aux effets qu'elle emportait, et qui tiennent tous dans cette formule « jouissance des droits civils », ce n'est pas ici le lieu de les examiner. Signalons qu'ils ont fait l'objet d'une thèse de l'Ebraly qui étudie en détail cette institution et ses rapports avec le droit international privé et le droit comparé. On y verra qu'elle faisait participer l'étranger à certains privilèges politiques (garanties contre l'expulsion, droit d'enseigner, autrefois même droit de remplir des charges ecclésiastiques), qu'elle lui accordait les droits que la majorité des auteurs lui refusait s'il n'avait pas de domicile autorisé (domicile, usufruit légal, adoption, tutelle, hypothèque légale, usucapion, faculté d'abandon

(1) D. 1897, 1, 141, Clunet, p. 790, aff. Caisel c. Bitter.

(2) Clunet, 1898, p. 717.

en cas d'abordage, droit d'agir en dommages-intérêts pour concurrence déloyale, droit d'agir en justice devant les tribunaux français), enfin qu'elle lui ouvrait certains droits que la loi réservait formellement aux étrangers pourvus de l'autorisation gouvernementale (caution *judicatum solvi*, droit de prélèvement, cession de biens, droit d'affouage, soumission aux lois scolaires).

N° 5. — *Mode d'octroi. — Nécessité d'un décret.* — Comment était accordée l'autorisation à domicile, sous quelle forme ? La loi de 1889 précisa ainsi : « l'étranger qui aura été autorisé *par décret*.... » et le décret du 3 août 1889 (1) avait prévu dans son article 1 : « l'étranger qui veut obtenir l'autorisation de fixer son domicile en France conformément à l'article 13 C. c. doit adresser au Ministre de la Justice une demande rédigée sur papier timbré accompagné de son acte de naissance, et de celui de son père, de la traduction de ces actes s'ils sont en langue étrangère, ainsi que d'un extrait du casier judiciaire français ». Ces formalités n'offrent plus aujourd'hui qu'un intérêt de curiosité. L'autorisation, très rarement sollicitée, surtout depuis que sa durée avait été restreinte à cinq ans, était accordée sans difficultés, et moyennant quelques droits de chancellerie qui ne dépassaient pas 175 francs avant la loi de finances du 31 juillet 1920, 500 francs ensuite (2). Mais avant la parution de la loi de 1889 qui précisa le mode d'obtention de l'autorisation gouvernementale, une controverse s'était établie sur le point de savoir si cette autorisation devait être expresse ou si, au contraire, elle pouvait être tacite.

Gerbaut, en particulier, professait cette dernière opinion (3). Néanmoins, la théorie dominante en jurisprudence était que l'autorisation devait être conférée par décret, et la loi de 1889 ne fit que confirmer l'interprétation courante. La Cour de Paris décida le 25 août 1842 (4),

(1) D. 1889, IV, 72.

(2) On pouvait obtenir facilement une remise des dix neuf vingtièmes.

(3) P. 353, n° 287.

(4) S. 1842, 2, 372.

le 15 décembre 1855 (1) le 14 juillet 1871 (2) et le 29 juillet 1872 (3) que la résidence de l'étranger en France, quelque prolongée qu'elle ait été, ne pouvait suppléer à l'autorisation gouvernementale, et même, qu'une telle prétention était « insoutenable ». De même la Cour de Bordeaux dans l'affaire Forgo le 14 mai 1876 (4).

Trois affaires s'étaient pourtant présentées où des circonstances particulièrement favorables auraient pu faire prononcer une autorisation tacite. La première était l'affaire Dremmler ; celui-ci, allemand d'origine, résidait en France depuis 15 ans, avait épousé une Française, était père de plusieurs enfants susceptibles de devenir Français, dirigeait une maison d'éducation et surtout était professeur à l'école d'état-major en vertu d'un brevet à lui délivré depuis 10 ans par le Ministre de la Guerre.

La seconde affaire concernait des poursuites intentées par des créanciers espagnols contre leur ancienne souveraine la reine Isabelle II et son mari Ferdinand de Bourbon. Ceux-ci, expulsés de leurs Etats, s'étaient réfugiés en France avec le consentement de Napoléon III et du Gouvernement Français, mais cette autorisation certaine ne fut cependant pas jugée équivalente à celle conférée par décret.

Dans la troisième affaire la Cour de Lyon jugea le 26 juin 1873 (5) que l'étranger « qui a obtenu en France un brevet d'imprimeur lithographe, et qui a été admis à faire les déclarations exigées pour la création d'un journal, ne peut être assimilé à celui qui a obtenu l'autorisation générale de résider en France ».

Enfin faut-il rappeler les circonstances particulièrement favorables de l'affaire Forgo ? Cet enfant naturel d'une bavaroise qui avait épousé un Français, avait été enfant de troupe, puis soldat dans l'armée française. A son tour il avait épousé une Française, avait toujours

(1) S. 1856, 2, 159.

(2) S. 1872, 2, 141 ; D. 1872, 2, 65, aff. Bergold c. Sussmann.

(3) S. 72, 2, 223 ; S. 73, 2, 148, aff. Morand.

(4) S. 1877, 2, 109 ; D. 1878, 2, 79.

(5) S. 1873, 2, 197.

yéçu en France où chacun le considérait comme Français et lui-même croyait bien l'être. Il avait de plus effectué ponctuellement son service dans la garde nationale comme tout bon bourgeois du Second Empire.

N^o 6. — *Jurisprudence de l'autorisation implicite.* — Mais cette jurisprudence n'était pas unanime ; outre certaines décisions isolées rendues dans des cas d'espèces, elle se heurta à la jurisprudence constante du Tribunal de commerce de Marseille, régulièrement confirmé d'ailleurs par la Cour d'Aix.

En dehors de l'arrêt de cassation du 24 avril 1827 (1), que nous avons déjà signalé, et qui n'est pas très net, un jugement du Tribunal de Pau du 3 avril 1857 (2) admit des succédanés à l'autorisation gouvernementale. En fait l'hypothèse était favorable, car l'étranger dont il s'agissait, Lombardo di Pini, s'était réfugié en France après la chute de l'Empire, et après avoir exercé pendant l'occupation française en Espagne en 1812 les fonctions de commissaire général, aussi le Tribunal put-il affirmer : « qu'il est dès lors impossible de ne pas admettre que ce fonctionnaire, ainsi rétribué, en récompense d'anciens services, était réellement domicilié en France, et ne s'y était établi qu'avec l'autorisation, *au moins implicite*, du Gouvernement, conformément aux prescriptions de l'article 13 C. c. ».

Statuant en matière d'affouage, le Cour de Metz déclara, le 14 décembre 1858 (3) que « l'autorisation de résider en France accordée à l'étranger n'a pas besoin d'être expresse » ; et dans la même matière, le Tribunal de Montbéliard, le 6 décembre 1859 (4), osa affirmer : « Attendu que l'article 13 C. c. n'indiquant pas la forme de l'autorisation, il est consacré par la doctrine et la jurisprudence, qu'elle peut être expresse ou tacite, expresse quand elle est conférée par décret impérial, tacite quand elle résulte implicitement de certains actes

(1) S. Chron.

(2) Sous Pau, 9 juin 1857, D. 1858, 2, 137.

(3) S. 1859, 2, 492.

(4) Sous cassation, 31 décembre 1862, D. 1863, 1, 5.

ou de certaines tolérances de nature à démontrer l'intention du gouvernement d'accueillir l'étranger, de consentir à l'établissement de son domicile en France, ou de ne point s'y opposer ». La Cour de Besançon et la Cour de cassation, qui confirmèrent la solution du Tribunal de Montbéliard, eurent soin cependant de ne pas reproduire des motifs aussi compromettants.

Enfin le Tribunal de Rouen, le 22 juin 1864 (1), rendit dans l'affaire Armston un jugement dans lequel il affirmait avec le même sang-froid : « Attendu qu'il est reconnu par la doctrine et la jurisprudence que l'étranger qui a son domicile en France, y jouit des mêmes droits que l'étranger admis par l'autorité à y résider ».

En dehors de ces arrêts divers, dont les termes généraux ne doivent pas être entendus trop littéralement, et qui sont unanimement critiqués, il y a, nous l'avons dit, la jurisprudence du Tribunal de commerce de Marseille. Elle s'affirma dès le 7 janvier 1867 (2). Nous avons déjà cité d'autre part le jugement Mélizet du 28 mai 1867, qui fut cassé par la Cour suprême le 12 janvier 1869 ; un jugement du 3 mai 1870 (3) décida cependant « que par le fait de son commerce, Ovanessoff doit être réputé autorisé *implicitement* à établir son domicile en France aux termes de l'article 13 C. c. », et il fut confirmé par la Cour d'Aix le 1^{er} juin 1870 (4). De même la Cour d'Aix confirma le 28 août 1872 (5) un nouveau jugement du Tribunal de commerce de Marseille du 19 mars précédent, qui déclarait que les commerçants étrangers patentés « doivent donc être, à raison de cette situation, assimilés aux étrangers autorisés à avoir leur domicile en France ». Le 26 janvier 1889 (6), le même Tribunal rendait encore un jugement dans le même sens.

Lorsque parut la loi de 1889, les auteurs (7) y virent

(1) D. 1865, 2, 13.

(2) *Journal de jurisprudence commerciale de Marseille*, 1867, 1, 75.

(3) D. 1873, 3, 37.

(4) *Journal de jurisprudence commerciale de Marseille*, 1870, 1, 29.

(5) S. 1873, 2, 265.

(6) *Clunet*, 1889, p. 676.

(7) LOISEAU, p. 131, note 1 ; CHAMPCOMMUNAL, p. 334, en note ; AUBRY et RAU, I, § 72, texte et note 7 ; BAUDRY et HOUQUES, I, n° 450,

avec raison la condamnation de ce système, mais le Tribunal de Marseille n'en persista pas moins dans sa singulière jurisprudence (1) sur l'autorisation « implicite ».

La Cour d'Alger rendit également un certain nombre de décisions en ce sens, mais elles reposaient sur un titre sérieux. Dans un but colonisateur facile à comprendre, l'article 2 de l'ordonnance du 16 avril 1843 décidait que, sur le territoire de l'Algérie, la résidence habituelle équivaldrait au domicile. En conséquence, les juridictions de cette colonie attribuèrent longtemps au domicile de fait de l'étranger en Algérie tous les effets légalement reconnus au domicile autorisé (2). Mais de bonne heure la Cour de cassation a réagi, ne voulant pas qu'il y eut un régime pour la métropole et un autre pour les colonies, aussi a-t-elle restreint l'application de cette disposition de l'ordonnance royale à certains cas bien déterminés, tout comme le domicile de fait ordinaire, qui n'avait que des effets limités (3). La Cour d'Alger s'est d'ailleurs inclinée (4).

Voilà donc quels étaient les traits essentiels du régime de l'admission à domicile ; ces difficultés ont été tranchées par la loi de 1927 qui, en supprimant le domicile autorisé, n'a laissé subsisté que le domicile de fait, lequel, ainsi que nous l'avons démontré, est, d'une façon générale, assez voisin du domicile de choix défini et réglementé par le Code civil en son article 102. Nous verrons cependant dans le chapitre troisième que les éléments de ce domicile sont susceptibles de varier suivant l'institution juridique où le domicile est appelé à intervenir.

p. 503 ; DESPAGNET, n° 44 ; L'ÉPRALY, p. 14 ; LE SUEUR et DREYFUS, p. 68 ; STEMLER, *Clunet*, 1890, p. 395 ; SURVILLE et ARTHUYS, p. 126, note 1 ; WEISS, I, p. 374.

(1) 8 décembre 1896, *Clunet*, 1897, p. 789, aff. *Roses c. Fisher* ; 28 août 1902, *Clunet*, 1902, p. 323.

(2) Alger, 18 août 1848 (S. 1849, 2, 264, aff. *Gambini*) ; Alger, 21 mars 1860 (S. 1861, 2, 62) ; Alger, 16 novembre 1874 (*Clunet*, 1876, p. 268).

(3) Cassation, 20 mai 1862, D.1862, 1, 201 ; Cassation, 18 juillet 1892, D. 1892, 2, 489 ; Cass. civile, 8 mars 1909, *Clunet*, 1909, p. 773, aff. *Greck*, S. 1892, 1, 407.

(4) 4 mars 1874, S. 1874, 2, 103, D. 1875, 1, 113.

SECTION IV

Le domicile des étrangers à l'étranger

- § 1. — Décisions reconnaissant aux étrangers un domicile réel à l'étranger (aff. Robertson, aff. Villabrilie).
- § 2. — Décisions refusant de reconnaître la réalité d'un domicile à l'étranger allégué par un étranger (aff. Garlet, aff. de Looz).
- § 3. — Modalités du domicile.
- § 4. — Conclusion.

Nous ferons ici la même observation que nous avons déjà faite au sujet du domicile du Français : la notion française dont se sert la jurisprudence pour déterminer le domicile d'un étranger devrait en principe être la même, quelle que soit l'issue de la recherche entreprise, qu'elle aboutisse à fixer ce domicile en France, ou bien au contraire à l'étranger.

Les décisions que nous avons pu recueillir sont trop rares pour que nous ayons pu en induire un système général sur le domicile des étrangers à l'étranger. Une occasion très intéressante s'était présentée avec l'affaire Spada-de Komar, dans laquelle on se souvient que la Cour de Paris décida, le 11 mai 1869 (1), que le domicile des époux Spada se trouvait à Rome et non à Quete, accorda par suite l'exequatur à une sentence de la Cour de Rome qui était conforme, et le refusa à une décision de la Cour d'Ancône, qui avait décidé le contraire. Malheureusement, il nous est impossible de savoir sur quels éléments de fait la Cour de Paris avait fondé son arrêt, il ne nous est même pas possible de savoir avec précision si elle utilisa la notion française de domicile, comme c'est probable, ou la notion italienne, qui, à notre avis, était seule compétente ; l'arrêliste a jugé inutile et sans intérêt tout ce qui concernait ce point, et il l'a délibérément retranché de l'arrêt rapporté.

(1) S. 1870, 2, 10.

§ 1. — *Décisions reconnaissant aux étrangers
un domicile réel à l'étranger*

Nous possédons cependant deux décisions ayant jugé qu'un étranger était domicilié à l'étranger, et l'ayant vraisemblablement jugé à l'aide d'une notion française de domicile ; toutes deux sont intervenues en matière de quasi-renvoi, saisis d'une exception d'incompétence par un étranger qui prétendait posséder à l'étranger un domicile attributif de juridiction, les tribunaux français ont à deux reprises reconnu le bien-fondé de cette exception (1). Le 20 juin 1922, le Tribunal de la Seine (2) décida que « tout individu majeur doit, juridiquement, être considéré comme domicilié là où il demeure habituellement et a son principal établissement, encore bien que le domicile de cet individu soit en même temps celui de ses parents ; il conserve son domicile d'origine tant qu'il n'a pas, d'une façon expresse, exprimé la volonté de le transporter ailleurs ». Le 2 juin 1927, la Cour de Paris (3) décidait de même : « Attendu que Villabrille a manifesté d'une façon formelle sa volonté de fixer son principal établissement à Madrid, où il s'est effectivement installé ». En effet, Villabrille, ancien consul d'Espagne à Strasbourg, payait ses impôts à Madrid, avait obtenu de la commission permanente du Conseil municipal de cette ville le titre de citoyen de Madrid, et avait notifié judiciairement à sa femme le transfert du domicile conjugal.

De ces deux décisions il résulte que le domicile a été envisagé selon une notion française, qui est celle de l'article 102 C. c., dont les éléments : le transfert du principal établissement et l'intention conforme, sont ici très

(1) Il est à remarquer que nous avons émis l'opinion qu'en cette matière c'est la loi étrangère qui devait logiquement déterminer le domicile qu'elle estimait suffisant, par suite c'est donc dans des décisions rendues en opposition avec la théorie que nous avons soutenue, que nous allons rechercher la notion française de droit international privé sur le domicile des étrangers à l'étranger.

(2) Clunet, 1923, p. 75, aff. Robertson.

(3) Clunet, 1928, p. 703, aff. Villabrille.

nettement reconnaissables. Voilà donc les circonstances exigées par la jurisprudence française pour reconnaître l'existence et la validité aux yeux de la loi française d'un domicile établi par un étranger à l'étranger.

§ 2. — *Décisions refusant de reconnaître la réalité d'un domicile à l'étranger allégué par un étranger*

Les nombreux arrêts qui sont intervenus dans la même matière (quasi-renvoi) et qui ont décidé à l'inverse que l'étranger n'avait pas de domicile à l'étranger, ont tous été extrêmement brefs à ce sujet et se sont généralement contentés de constater « qu'ils n'avaient aucun établissement à l'étranger » ou « qu'ils ne justifiaient d'aucun domicile sur un territoire étranger » (1).

Dans la curieuse affaire Garlet, la Cour de Paris, le 8 août 1890 (2), discuta plus sérieusement l'établissement que Garlet prétendait avoir en Belgique ; elle refusa cependant d'y voir un domicile, parce que Garlet lui-même s'y était opposé de toutes ses forces devant la Cour de Bruxelles qui lui avait donné raison (3), il avait depuis ce temps accompli à Bruxelles une élection de domicile que la Cour de Paris jugea tardive et inopérante. De même on trouve dans un arrêt de Paris du 4 novembre 1890 (4) une longue analyse des faits qui conduisirent à décider qu'un Belge n'était pas domicilié en Belgique. Mais ces faits étaient très clairs : le prince

(1) Cassation, 7 mars 1870 (D. 1872, 1, 326), aff. Koehler ; Caen, 28 janvier 1873 (D. 1876, 2, 224), aff. May ; Marseille, 15 février 1873, sous Aix, 3 juillet 1873 (D. 1875, 2, 232), aff. Bensamon ; Seine, 10 mars 1888, sous Paris, 13 juillet 1888 (D. 1893, 2, 93), aff. Nathan ; Montpellier, 9 mai 1890 (D. 1891, 2, 197 ; S. 1892, 2, 240), aff. Randall c. Thierney ; Paris, 5 décembre 1890 (S. 1892, 2, 234), aff. Oberhauser ; les trois arrêts rapportés, S. 1895, 2, 298 ; Paris, 29 mars 1898 (D. 1898, 2, 269 ; S. 1898, 2, 240), aff. Crauzaz ; Paris, 23 mars 1899 (D. 1900, 2, 21) ; Paris, 26 mai 1905 (S. 1907, 2, 209), aff. Betschart ; Paris 24 février 1917, sous Cassation, 25 juin 1918 (S. 1918-1919, 1, 206 ; D. 1925, 1, 127, 2^e espèce), aff. Hart ; Cassation, 10 novembre 1920 (S. 1923, 1, 129, Clunet, 1923, p. 71), aff. Slater ; Douai, 29 janvier 1924 (S. 1924, 2, 113), aff. Roach. Paris, 30 avril 1926 (S. 1926, 2, 89 ; D. 1927, 2, 1), aff. Chiger.

(2) D. 1891, 2, 188 ; S. 1892, 2, 235.

(3) 15 janvier 1888, D. 1888, 2, 249.

(4) D. 1891, 2, 198 ; S. 1892, 2, 236.

de Looz n'était pas retourné en Belgique depuis sa majorité, n'y avait fait ni son service militaire, ni effectué de publications de son mariage, s'était toujours dit domicilié à Paris, où il avait toujours vécu sans jamais posséder en Belgique « ni établissement ni résidence ».

Les faits étaient beaucoup moins nets dans une affaire Cavadia, où le Tribunal de la Seine décida, le 14 février 1919 (1), « que les époux Cavadia doivent d'autant plus être considérés comme domiciliés en France qu'il semble certain que Cavadia a vendu l'établissement dont il était propriétaire à Braila pour ne plus conserver en Roumanie qu'une résidence d'été ». Mais le Tribunal n'approfondit pas davantage ce point délicat.

On ne peut donc pas tirer des affaires où les Tribunaux ont jugé que le domicile de l'étranger à l'étranger était insuffisamment caractérisé, d'indication bien précise sur les éléments de la notion française dont ils se sont servis.

En tous cas, on constate qu'il n'est plus question ici d'autorisation gouvernementale et que l'on ne demande pas à la loi territoriale son consentement sous une forme quelconque comme on le faisait lorsque cette loi territoriale était la *lex fori* et que l'établissement de l'étranger se trouvait sur le sol français. Il y a donc là une différence avec la section précédente. Peut-être dira-t-on qu'il était impossible de réclamer l'autorisation du gouvernement français là où elle ne pouvait matériellement être accordée, mais il y avait d'autres moyens de solliciter la sanction de l'autorité territoriale, quand ce n'eût été que de consulter la notion du domicile que cette loi possède. En ne le faisant pas, la jurisprudence indique par là même qu'elle rejette le système de la loi territoriale, même envisagée à titre subsidiaire. Si elle exige l'autorisation gouvernementale pour le domicile des étrangers en France, c'est parce qu'elle fait partie intégrante de la notion de la *lex fori* ; la preuve en est que, lorsqu'elle apprécie ce domicile en France à l'aide d'une notion étrangère, elle ne tient pas compte de cette autorisation (exception faite de l'arrêt de Paris du

(1) Clunet, 1919, p. 1061.

12 avril 1929). Si elle y renonce également en ce qui touche le domicile des étrangers à l'étranger, c'est que cette exigence n'a plus de raison d'être parce qu'elle serait irréalisable en fait du moment qu'elle intervient au nom de la *lex fori* et non de la loi territoriale.

Nous possédons également d'autres décisions ayant décidé qu'un étranger était domicilié à l'étranger, ce sont celles qui ont fixé à l'étranger le domicile matrimonial d'époux étrangers. Mais la notion française qu'ils ont alors appliquée est très nettement différente de celle de l'article 102 et des deux notions que nous avons vu employées jusqu'ici, de domicile de droit et de domicile de fait. Nous l'étudierons spécialement dans le chapitre troisième, aussi nous contenterons-nous ici de signaler la différence qui est si nettement évidente que les tribunaux ont attribué à ce domicile, en raison de son caractère particulier le qualificatif distinctif par lui-même de « domicile matrimonial ».

§ 3. — *Modalités du domicile*

Rien ne nous permet de préciser si les notions de domicile de dépendance et de domicile élu sont restées les mêmes dans la présente section que celles que nous avons étudiées dans la section précédente. Il semble, malgré tout, qu'il n'y ait aucune raison pour ne pas domicilier un étranger à l'étranger par application des règles sur la dépendance. Nous avons dit que telle était la solution adoptée par la jurisprudence dans divers cas où la personne étrangère dont dépendait l'incapable ne possédait pas en France de domicile autorisé : Bastia, 8 décembre 1863 (1) ; Paris, 29 juillet 1872 (2).; La Rochelle, 24 juin 1913 (3). Les règles de dépendance employées dans ces trois affaires de mineurs par les Tribunaux ont été celles de l'article 108 C. c., qu'ils ont même considéré comme étant d'ordre public. Ils n'ont pas hésité ici, comme ils

(1) D. 1864, 2, 1, aff. Catherine da Costa.

(2) D. 1872, 2, 223 ; S. 1873, 2, 148, aff. Morand.

(3) D. 1916, 2, 5, aff. Meyer.

l'ont fait pour les Français, à appliquer les présomptions légales du Code civil, car la souveraineté française et notre droit public ne peuvent en aucune façon se trouver atteints par le fait que les incapables étrangers seront considérés comme domiciliés à l'étranger, ils sont au contraire satisfaits par cette décision (1).

§ 4. — *Conclusion*

D'après la règle que nous avons formulée dans notre première partie, il sera assez rare que la loi française ait à apprécier le domicile d'un étranger à l'étranger, car il sera peu fréquent que la loi française attribue un effet juridique à un tel domicile. Cela pourra arriver cependant dans les questions de nationalité (l'étranger échappera alors à la nationalité française), en certains cas de conflits de lois (lorsque le domicile remplit le rôle de statut personnel supplétoire et pour la détermination du régime matrimonial, non pour la dévolution successorale, car les tribunaux français sont alors incompétents), et en certains cas de conflits de juridictions (pour la compétence successorale et la compétence tutélaire, mais non pour la compétence ordinaire qui ne repose pas directement sur le principe du domicile).

(1) Statuant sur une demande d'exequatur la Cour de Nancy a jugé le 20 août 1887 (Clunet, 1889, p. 532, aff. Curan) que le domicile d'une femme mariée allemande, se trouvait en Allemagne, chez son mari.

CHAPITRE II

Les conceptions directrices françaises sur le domicile

Nous venons, dans le chapitre précédent, de comparer les éléments de la notion française du domicile de droit civil interne (telle qu'elle est définie par les articles 102 à 105 C. c., et telle qu'elle est réglementée au point de vue du domicile de dépendance par les articles 106 à 110 C. c.), avec la notion française de domicile usitée en droit international privé lorsqu'il s'agit de déterminer le domicile d'un étranger ou d'un Français.

Nous avons recherché si cette notion apparaissait identique dans le domaine du droit interne et dans le domaine du droit international privé, et si, dans ce domaine, elle était toujours la même selon la nationalité de l'individu en cause et selon le territoire où était situé le domicile prétendu. Nous avons cru remarquer d'une part que la jurisprudence hésitait à appliquer les articles 106 à 110 C. c. au domicile d'un Français chez un individu étranger domicilié à l'étranger, surtout quand le Français résidait lui-même en France ; d'autre part qu'avant la loi de 1927 la jurisprudence exigeait pour le domicile des étrangers en France une condition supplémentaire, celle de l'autorisation gouvernementale régulièrement obtenue.

Nous verrons de même dans le chapitre suivant que si la notion générale est, en dehors des tempéraments que nous venons de signaler, celle que le Code civil a héritée de l'ancien droit et du droit romain, il apparaît dans la pratique que des différences assez profondes existent dans la notion du domicile selon l'institution juridique où on le fait intervenir, à tel point qu'il est difficile de parler de la notion de domicile en droit international privé, ni même de la notion française du domicile des étrangers, il n'y a pas de notion véritablement une et homogène, il y a une série de notions agglomérées sous

une étiquette commune parce qu'elles ont certains traits de ressemblance dans leurs éléments et dans leur rôle.

Mais il est encore un point qu'il est nécessaire d'examiner et que nous n'avons pas encore abordé. En dehors des éléments et des règles énoncés par le Code civil, il existe certains grands principes qui dominent en droit français la notion de domicile ; ce sont des dogmes non écrits, mais toujours respectés, il est intéressant de savoir s'ils subsistent, et dans quelle mesure, en droit international privé. Les plus importants de ces principes qui dominent la matière sont : la nécessité d'un domicile, l'unité du domicile et la sincérité du domicile.

SECTION I

Principe de la nécessité du domicile

Il est admis que tout individu doit posséder un domicile, que nul ne peut être sans domicile. Cette affirmation a cependant trouvé des contradicteurs, et on a imaginé diverses hypothèses où une personne peut véritablement être dite sans domicile. Ulpien déjà avait considéré cet état comme matériellement possible et les auteurs de l'ancien droit (en particulier d'Argentré) reproduisirent son opinion surtout à titre de curiosité.

On a cependant observé que chaque individu ne perdant son ancien domicile que par l'acquisition d'un nouveau, il était difficile d'en être dépourvu, et que chacun possède, à tout le moins, un domicile d'origine. D'autres auteurs ont donné à la difficulté une solution différente en disant que celui qui n'avait nulle part de résidence sérieuse transportait son principal établissement partout où il se trouvait et qu'il était par suite véritablement domicilié au lieu où on le rencontrait.

Mais ce sont là discussions d'école, il est admis que le droit français doit toujours pouvoir fixer quelque part le domicile de quelqu'un. En est-il de même en droit international privé français ? La considération que tout individu doit avoir un domicile influe-t-elle sur les solutions adoptées par la jurisprudence ? Nous ne le pen-

sons pas. Nous croyons que si l'individu à qui la loi française refuse un domicile à tel ou tel endroit offrait de faire la preuve qu'une telle décision le prive de tout domicile, les tribunaux considéreraient cette preuve comme inutile et sans objet en la cause, elle ne serait pas susceptible de faire varier leur solution. Le principe de la nécessité du domicile n'est pas d'ordre public international, il n'existe plus en droit international privé français.

A vrai dire on cherchera toujours à satisfaire autant que possible à l'exigence non seulement théorique mais pratique qui veut que chaque personne ait normalement un domicile. C'est ainsi que l'on a admis la possibilité légale pour un Français de posséder un domicile à l'étranger afin d'éviter que les nationaux qui ne possédaient plus en France un domicile suffisant ne soient réputés sans domicile, avec les conséquences juridiques fâcheuses qu'entraînerait un tel état, alors que les intéressés sont précisément des commerçants, des industriels, ou des pionniers qui accomplissent une œuvre utile à la mère patrie. On pourrait donc considérer qu'en ce qui concerne le domicile du Français le principe de la nécessité du domicile subsiste encore.

Mais lorsque la jurisprudence refuse à l'étranger un domicile en France, elle se soucie fort peu du point de savoir si cette situation rendra cet individu sans domicile et là elle met délibérément le principe en échec. Ainsi en était-il de ce prétendu droit au domicile avant la loi du 10 août 1927 : l'étranger qui vivait complètement en France sans aucune attache en pays étranger, et qui n'avait pas obtenu du gouvernement l'autorisation de s'établir en France, n'avait aux termes de la loi française de domicile nulle part. C'est pour remédier à cet inconvénient que la jurisprudence avait créé la notion de domicile de fait afin que, pratiquement, les étrangers ne soient pas sans domicile.

Au sujet de la compétence, par exemple, le domicile de fait du défendeur n'était pas considéré comme suffisant, car il est de tradition que les étrangers n'ont pas le droit d'ester en justice en France contre des étrangers, il n'en

ont que la simple tolérance. Or l'individu sans domicile légal effectif en France était souvent dépourvu de tout établissement à l'étranger, si bien que son adversaire se trouvait dans l'impossibilité de se faire rendre justice parce qu'il avait devant lui un défendeur sans domicile. Ce déni de justice affirmé d'une façon éclatante (aff. Garlet) finit par émouvoir la jurisprudence qui exigea alors que l'étranger excipant de son extranéité fasse en même temps la preuve de l'existence à l'étranger d'un tribunal compétent. Mais ce que l'on demande, c'est de démontrer que l'accès d'un prétoire est ouvert au demandeur, et si cette possibilité provient le plus souvent de l'existence d'un domicile attributif de juridiction, elle peut également provenir de toute autre cause. L'attitude actuelle de la jurisprudence sur ce point ne peut pas, quoi qu'en pense M. Niboyet (1), s'expliquer uniquement par la théorie du domicile ; en particulier nous pensons qu'il n'y a nullement là une soumission au principe de la nécessité du domicile, ce principe perd sa valeur en droit international privé français. Toutes les décisions intervenues en matière de condition des étrangers le démontrent, l'examen des circonstances dans lesquelles on a refusé à tel ou tel étranger un domicile en France prouve nettement que cet étranger, faute d'un établissement suffisant sur un autre territoire, s'est alors trouvé réputé sans domicile.

SECTION II

Principe de l'unité du domicile

Le second principe directeur qui domine en droit français toute la réglementation du domicile, c'est l'unité du domicile. Si chaque personne a un domicile, chaque personne n'en a qu'un. Ce principe n'est pas admis par toutes les législations : l'Allemagne (art. 7, 2^o C. c.), le Chili (art. 57 du Code civil), le Brésil (art. 32 du Code civil), l'Uruguay, la Costa-Rica, décident au contraire

(1) Sur cette théorie et sa discussion ci-dessous, Chap. III, section IV, p. 355.

que l'on peut posséder un double domicile et même des domiciles multiples : le Mexique, le Pérou, l'Espagne, l'U. R. S. S. semblent également admettre cette éventualité. Mais en France on ne peut pas, légalement, avoir deux domiciles.

A vrai dire il y a surtout là un principe de façade. Même en droit français interne, et nous reviendrons plus loin sur ce point, il n'est pas vrai que le domicile soit unique (1), et l'on peut dire que pratiquement le même individu est considéré, à des points de vue différents, comme domicilié en même temps en plusieurs endroits différents (2). Du reste la théorie du domicile apparent en est l'aveu exprès. Mais il est cependant admis que l'on ne peut posséder qu'un seul domicile général, car on ne peut avoir qu'un seul établissement qui puisse être considéré comme principal par rapport aux autres. L'ancien droit, suivant le droit romain, avait pourtant admis, tout en conservant le principe comme une règle idéale, la possibilité pratique d'avoir simultanément deux domiciles distincts (3). Et cela venait pour une bonne part de l'importance qu'avait alors le domicile de dépendance attaché à la fonction, domicile que le Code civil dans ses articles 106 et 107 a réduit au cas exceptionnel des fonctions conférées à vie.

Le principe de l'unité du domicile, même s'il ne doit pas être pris dans un sens trop absolu, subsiste-t-il intégralement en droit international privé français ? Nous ne pouvons pas nous prononcer sur ce point d'une façon formelle. Comme le principe de la nécessité du domicile,

(1) Ci-dessous, chap. III.

(2) M. Demogue dans sa note sous Lille, 21 mai 1908, S. 1908, 2, 177, annonçait déjà la décadence du dogme de l'unité du domicile en droit interne, et prévoyait que la jurisprudence française admettrait tôt ou tard la solution du Code allemand. MM. Colin et Capitant ont de même critiqué le principe de l'unité (I, p. 425). M. Savatier reconnaît qu'il est virtuel (PLANIOL et RIPERT, I, p. 161).

(3) Affaire du Prince de Guiméné, *Journal du Palais* ed. in folio, I, p. 104. Aff. du cardinal de Rambouillet, rapporté par Mornac. Citons en outre ce curieux commentaire de Maldonat sur Saint-Mathieu (rapporté par Tronçon à l'article 360 de la coutume de Paris) : « Christum tres civitates habuisse : Bethleem in qua natus Nazareth in qua educatur Capharnaum, in qua frequenter commoratus est ».

il paraît subsister pour le domicile des Français, bien que nous n'ayons à ce sujet aucune décision explicite. Mais il semble qu'il ait perdu de son influence quand il s'agit du domicile des étrangers. Lorsque, à titre exceptionnel, la jurisprudence consent à reconnaître un domicile aux étrangers, elle ne se préoccupe que fort peu du point de savoir si cet étranger ne possède pas déjà un domicile ailleurs. Tout d'abord elle ne se préoccupe pas du point de savoir si l'individu est déjà pourvu d'un domicile par une loi étrangère, il est clair en effet que le principe de l'unité du domicile ne doit s'entendre que de l'unité du domicile apprécié selon la même législation française. Mais il ne paraît même pas certain que lorsque le tribunal français juge, d'après la notion française, qu'un étranger est domicilié dans un certain endroit, il ne soit pas possible de le domicilier également dans un autre.

A vrai dire de nombreuses décisions, en fixant en France le domicile d'un étranger, ont constaté en outre qu'il ne possédait à l'étranger aucun établissement ou que celui qu'il possédait en France était son unique établissement. Toutefois nous verrons dans le chapitre suivant que le domicile des étrangers varie en ses éléments selon l'institution juridique où il produit ses effets, et ces variations sont telles qu'il est permis de concevoir deux domiciles simultanés (1).

Le projet de la Société d'Etudes Législatives dont nous avons déjà parlé, avec sa conception du domicile secondaire, « port d'attache » en France du français domicilié à l'étranger, nous paraît porter une atteinte très grave au

(1) Nous ne jugeons pas utile d'étudier ici la notion de « changement de domicile » indépendamment de celle de l'établissement du domicile. C'est qu'en effet en vertu du principe précité de l'unité du domicile, l'établissement du domicile en un lieu emporte le changement du domicile précédent. Du moment où les éléments constitutifs du domicile sont réunis dans un lieu nouveau, ils cessent de l'être dans le lieu ancien. Que l'on fonde quelque part son principal établissement ou qu'on l'y transfère, il n'y a pas entre les deux actes de différence de nature, il n'y a donc pas lieu, à notre avis, d'en faire l'objet d'une étude séparée. La notion du droit civil interne du changement de domicile se retrouve en droit international privé français dans la même mesure et avec les mêmes nuances que s'y retrouve la notion d'établissement du domicile.

principe de l'unité du domicile. M. Niboyet a affirmé dans son rapport l'attachement de notre législation à ce principe, mais il a reconnu lui-même au cours des travaux de la commission, que les nouvelles dispositions lui étaient à peu près contraires. C'est lui qui fit remarquer en effet le 19 octobre 1928 (1) : « Il reste que nous créons un double domicile », et M. de la Pradelle observant que ces deux domiciles n'étaient pas de même taille, proposa même de supprimer le terme « domicile » pour éviter les controverses.

SECTION III

Le principe de la sincérité du domicile

Pour terminer nous pouvons ranger parmi les principes directeurs de la conception du domicile en droit français, celui qui veut que le domicile pour être efficace soit sérieux et réel et non pas fictif et frauduleux, celui que nous avons appelé le principe de la sincérité du domicile.

Il est admis en effet qu'il ne suffit pas que les éléments requis par la loi se trouvent réunis en l'espèce, que l'intéressé ait par exemple transporté dans un certain lieu son principal établissement et que sa volonté conforme soit évidente, il faut encore que cette translation de domicile n'ait pas été effectuée dans un but illégal, pour tourner la loi, se soustraire à ses obligations impératives, obtenir des résultats qu'elle interdit. En ce cas intervient l'adage bien connu : *fraus omnia corrumpit* dont la portée est universelle et s'applique par conséquent à ce cas particulier. L'exemple le plus fréquent en jurisprudence concerne les personnes morales et les principales décisions intervenues ont été celles qui ont affirmé la fictivité du siège social de certaines sociétés (2).

(1) Bulletin de la Société, 1928, p. 356.

(2) La jurisprudence a de même affirmé l'insincérité de déclarations faites en application de l'article 104 C. c. Cf. Savatier (PLANIOL et RIPERT; I, § 162, p. 181) et la jurisprudence qu'il cite. Il est curieux de constater que Brillou, V^o *Domicile*, § Tailles, cite un arrêt du 27 mars 1568 qui

§ 1. — *Intérêt et sanction en droit international privé d'un domicile frauduleux*

Ce principe se retrouve-t-il en droit international privé français ? En dehors de l'hypothèse du domicile des personnes morales qui se présente dans ce domaine avec des caractères très analogues à ceux qu'elle revêt en droit interne, le droit international privé offre un champ nouveau à l'activité des domiciliés frauduleux. En effet le domicile sur un territoire étranger peut permettre de se soustraire à l'emprise d'une certaine législation en se plaçant sous le régime d'un système législatif différent. On peut bien obtenir ce même résultat avec le changement de nationalité, et la pratique s'en est en effet introduite (divorce des italiens, aff. Ferrari, aff. Giglio, etc...) mais un tel changement est long, compliqué et gros de conséquences, tandis que les individus soumis au statut personnel de leur domicile (anglais, américains du Nord et du Sud, etc...) peuvent faire varier leur domicile avec une extrême facilité.

L'exemple type est celui du divorce. Ainsi la loi argentine n'admet pas le divorce (son « divortio » ne serait qu'une séparation de corps) mais comme elle ne s'attache qu'au domicile et non à la nationalité, deux Argentins peuvent aller établir leur domicile en France et en profiter pour y divorcer. Lorsqu'ils auront obtenu ce résultat, rien ne les empêchera de rentrer en Argentine ayant ainsi éludé adroitement la prohibition de la loi de leur pays (1). Dans des pays qui admettent le divorce mais ne l'accordent que dans des cas exceptionnels ou en l'entourant de formalités compliquées (certains Etats de l'Amérique du Nord) les époux qui seront d'accord pour libérer promptement d'un lien matrimonial qui leur

procède exactement des mêmes idées, rendu en matière fiscale. De même dans l'affaire du prince de Guimené (*Journal du Palais*, I, p. 104), l'avocat général Bignon déclare : « Le soin qu'a pris le prince de multiplier les affirmations de sa volonté ne font que les rendre davantage suspectes ; que c'est dans cet endroit qu'on peut dire justement *nimia precautio dolus* » Il exigea une translation de domicile « effective, sérieuse et véritable ».

(1) Tribunal de la Seine, 15 juillet, 1929, *Clunet*, 1929, p. 1060.

pèse, pourront en obtenir la rupture dans un pays plus accommodant, du moment que leur statut personnel suit leur domicile, et que leur pays d'origine acceptera ainsi la décision intervenue. L'affaire qui fit un certain bruit à Paris en 1927 sous le nom de « scandale des divorces américains » n'était que l'exploitation trop visible d'un statagème juridique assez fréquemment employé et fondé sur une interprétation astucieuse des règles de droit international privé.

Lorsqu'un changement de domicile n'a été accompli que dans le but unique de parvenir légalement à un résultat normalement inaccessible, la jurisprudence française consent-elle à le sanctionner ? Le principe de la sincérité du domicile subsiste-t-il en droit international privé français ?

On pourrait en effet prétendre que si la loi française ne veut pas, en droit interne, reconnaître un domicile qui n'a été établi que dans le but de lui faire échec, elle n'a par contre aucune raison de refuser de sanctionner un domicile destiné à tourner une loi étrangère. C'est ici que l'on peut faire intervenir avec utilité la théorie que nous avons dégagée dans notre première partie : si l'effet attribué au domicile l'a été par la loi française, il est naturel qu'elle intervienne pour éviter la constitution d'un domicile frauduleux ; si au contraire le domicile ne produit son effet qu'en vertu d'une loi étrangère, il n'y aura lieu d'appliquer la théorie du domicile sérieux que si cette loi étrangère possède de son côté une théorie analogue destinée à se prémunir contre la fraude des individus (1) à moins bien entendu que le principe de la sincérité du domicile ne soit considéré comme d'ordre public, et comme tel, s'appliquant dans tous les cas.

(1) La Suisse semble admettre ce système. T. F. S., 23 septembre 1875, *Clunet*, 1875, p. 461. Le Danemark également. Copenhague, 27 octobre 1890, *Clunet*, 1893, p. 229.

§ 2. — *Examen de la jurisprudence*

La Chambre civile de la Cour de cassation décida le 20 novembre 1889 (1) « qu'il appartient aux juges du fond d'apprécier la sincérité des déclarations faites conformément à l'article 104 C. c., et de dire si elles correspondent à la réalité des faits ; à plus forte raison en doit-il être ainsi quand, en l'absence de ces déclarations, l'intention ne peut ressortir que de circonstances d'une nature complexe... ». En l'espèce le sieur Larquié qui habitait depuis treize ans un château qu'il possédait à Poms, s'était, à la veille d'une instance en divorce, transporté à la Nouvelle Orléans, avait vendu son château et fait une série d'actes où il se disait domicilié à la Nouvelle Orléans. Les tribunaux jugèrent qu'il n'avait tenu cette conduite « qu'à l'occasion de ce procès... dans des circonstances de nature à accuser le but poursuivi » ... que Larquié « avait voulu faire croire qu'il avait transporté son domicile à la Nouvelle-Orléans, mais que dans la réalité des faits, le changement n'a pas eu lieu ».

Citons encore parmi les arrêts intervenus, celui rendu par la Cour de Paris dans l'affaire Garlet le 8 août 1890 (2) ; afin d'éviter un déni de justice la Cour décida que le domicile de Garlet était bien à Paris, et refusa de tenir compte d'une élection de domicile régulière à Bruxelles faite par Garlet « attendu..... que cette mesure prise tardivement et pour les besoins de la cause est sans portée sérieuse, qu'il n'y a pas lieu de s'y arrêter ».

Le 22 octobre 1900 (3) la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé dans l'affaire de Migieu. Les héritiers de cette dame prétendaient que sa succession s'était ouverte à Nice, car, avant sa mort et bien qu'elle habitât Monaco, elle produisait pour toucher la pension que lui devait le gouvernement français, des certificats indiquant qu'elle était domiciliée à Nice. La Cour d'Aix refusa de tenir compte de ces pièces, décida que le domi-

(1) Clunet, 1890, p. 278.

(2) D. 1891, 2, 198 ; S. 1892, 2, 235.

(3) D. 1900, 1, 520 ; S. 1901, 1, 88, Clunet, 1900, p. 964.

cile que la veuve de Migieu était à Monaco et que, par conséquent, les tribunaux français étaient incompétents pour connaître de sa succession. La Cour de cassation remarqua « que l'arrêt attaqué constate que cette indication, faite pour répondre aux exigences de la loi française était inexacte, et qu'il est constant qu'elle n'habitait pas Nice et n'y avait jamais habité ; qu'en tirant de ces constatations la conséquence que le domicile de la *de cuius* n'était pas à Nice... l'arrêt attaqué n'a pas violé les articles de lois visés par le pourvoi ».

La Cour de Paris le 10 novembre 1922 (1) a jugé que le principe de la sincérité du domicile était implicitement compris dans la Convention Franco-Belge de 1899 : « Attendu qu'en employant l'expression siège social, cette Convention n'a pas entendu modifier le sens que les tribunaux français lui accordent, à savoir qu'il doit représenter un siège social réel, sérieux, centre des affaires et principal établissement de la Compagnie », et la Cour tirant des faits de la cause la conviction que le siège social indiqué par les statuts était fictif refusa de lui reconnaître toute efficacité.

La jurisprudence avait admis de même que le principe de la sincérité du domicile devait jouer dans l'application du traité franco-suisse du 15 juin 1869. Le tribunal de la Seine le 5 mars 1874 (2) et la Cour de Paris le 20 juin 1874 ont déclaré fictif le siège social à Genève du Crédit Foncier Suisse, et se sont reconnus compétents pour en prononcer la faillite. Le Tribunal de Genève le 14 mars 1874 et la Cour de Genève s'étaient déclarés compétents de leur côté, mais le Tribunal Fédéral Suisse mit fin à ce conflit en s'inclinant devant un arrêt de la Cour de cassation.

La Chambre des requêtes, le 4 mars 1924 (3) refusa de voir une résidence suffisante dans un petit logement meublé, surtout parce que « il n'a été loué par le défendeur qu'en vue du procès qu'il prévoyait et afin d'échap-

(1) S. 1922, 2, 128.

(2) Clunet, 1874, p. 96

(3) D. 1925, I, 101.

per à la compétence du tribunal du domicile du demandeur ».

Le tribunal de Lille le 16 juin 1928 (1) se reconnut compétent pour prononcer le divorce des époux Delvaux. Le mari avait intenté son action devant le Tribunal de Lille parce qu'il était domicilié dans le ressort et qu'il y avait transporté le domicile conjugal ; mais sa femme restée en Belgique objectait que son mari n'avait pas en France de domicile sérieux. Si le tribunal s'estima cependant compétent, ce ne fut qu'après un examen des faits suffisant pour lui permettre d'affirmer « que ce changement de domicile paraît sérieux » et le soin qu'il a mis à s'arrêter à cet argument paraît indiquer que pour lui le principe de la sincérité du domicile faisait partie de la notion française de droit international privé sur ce point.

Dans ces trois affaires la jurisprudence avait décidé d'appliquer à la détermination du domicile la notion française mais une application très nette du principe que nous étudions fut faite tout récemment par le Tribunal de la Seine le 15 mai 1929 (2) alors que le domicile dépendait cette fois d'une notion étrangère. Le sieur L..... demandait au tribunal la mainlevée de l'opposition que ses parents avaient formée à son mariage avec la dame Elsa Rose. Ces derniers prétendaient entre autres choses, que la fiancée de leur fils était encore engagée dans les liens d'un précédent mariage. L..... ripostait que s'il était exact qu'Elsa Rose avait été mariée avec un Argentin, le sieur S..., le Tribunal de Monaco avait régulièrement prononcé leur divorce le 24 janvier 1928, qu'il avait statué compétemment, puisqu'il était le tribunal du domicile des époux et que le divorce était valable selon la loi argentine qui se réfère à la loi du domicile pour le statut personnel de ses ressortissants. Ce jugement de Monaco, rendu en matière d'état, était dispensé de l'exequatur, et par suite le Tribunal de la Seine devait lever l'opposition sur le seul vu de la décision monégasque.

(1) Clunet, 1929, p. 379.

(2) Clunet, 1929, p. 1060.

Contrairement à cette prétention, le Tribunal maintint l'opposition. Il décida en effet que le jugement de Monaco devait être soumis à l'exequatur bien que statuant sur une question d'état, car seuls en sont dispensés les jugements rendus en cette matière par la juridiction nationale des époux (ce seul point est déjà très remarquable). En outre le Tribunal jugea que le renvoi de la loi argentine à la loi monégasque n'avait pu valablement s'opérer, car il eût fallu pour cela que les époux S..... « aient un domicile réel dans ce pays ». Or, le Tribunal, après un examen attentif du prétendu domicile des époux S..... à Monaco, arriva à cette conclusion « qu'il semble bien que cette résidence toute de circonstance, n'a eu d'autre but que de se faire attribuer le bénéfice d'un divorce que la loi nationale ne leur accordait pas ». Le tribunal a donc appliqué le principe de la sincérité du domicile au domicile d'un étranger à l'étranger, à l'occasion de l'examen d'un jugement étranger. Il nous semble que le Tribunal ne pouvait le faire que si la loi argentine qui avait attribué son effet à ce domicile connaissait le même principe ou un principe analogue ; tel a peut-être été également l'avis du tribunal (il a paru en effet consulter la loi argentine) mais on ne peut rien affirmer de certain à ce sujet.

Bien que nous ne possédions aucune décision probante à cet égard, il est possible cependant que le principe de la sincérité du domicile s'il se rattache au principe plus général *fraus omnia corrumpit* soit considéré par la jurisprudence comme d'ordre public international, et que nos tribunaux jugent utile de dépister la fraude jusque dans l'application des lois étrangères. Il n'y aurait là rien d'étonnant, ce serait une manifestation normale de la tendance générale à l'arbitraire jurisprudentiel ; le juge veut, en particulier en droit international privé, se décider suivant les circonstances, et il tient à garder à sa disposition un arsenal de prétextes qui lui permette d'écarter les principes juridiques quand le besoin pratique s'en fait nettement sentir.

En réalité, le principe de la sincérité du domicile ainsi que celui de la nécessité et celui de l'unité du domicile

sont donc appelés à figurer ou à ne pas figurer dans la conception du domicile en droit international privé français, suivant les circonstances et suivant les espèces, et l'on ne peut, croyons-nous, dégager à ce sujet de la jurisprudence, une doctrine parfaitement rigoureuse.

CHAPITRE III

Influence de la variété des institutions juridiques sur la notion de domicile en droit international privé français

Nous avons, dans les chapitres précédents, essayé de dégager une notion générale du domicile en droit international privé français. Nous connaissons la notion définie et réglementée par le titre III du livre I du Code civil, nous avons recherché si elle se retrouvait intégralement en droit international privé. Nous avons envisagé pour cela, les solutions générales que donnait la jurisprudence au domicile des Français, soit en France, soit à l'étranger, ainsi qu'au domicile des étrangers, soit à l'étranger, soit en France. Dans chacun de ces cas, nous avons comparé la notion française du domicile en droit interne dans toutes ses modalités avec celle que nous pouvions dégager sommairement des solutions jurisprudentielles, et nous avons relevé entre les deux des différences importantes. Nous avons de même recherché ce que devenaient en droit international les principes directeurs qui dominent en droit français interne la conception du domicile, nécessité, unité et sincérité, et nous avons signalé le fléchissement que nous avons cru observer à leur sujet.

Nous allons, dans ce chapitre troisième, examiner maintenant de plus près, et pour ainsi dire à la loupe, la notion de domicile employée par nos tribunaux chaque fois que nous la rencontrerons. Ici comme dans la première partie, nous constaterons que le domicile est dominé par ses effets, nous montrerons notamment que la notion de domicile varie selon le rôle qu'elle est appelée à jouer dans les diverses institutions du droit international privé. En conséquence, nous parcourrons successivement les principaux domaines où le domicile intervient, et nous nous efforcerons chaque fois de caracté-

riser le plus nettement possible la notion employée par la jurisprudence. La conclusion de cet examen sera que le droit français possède, sous le nom générique de domicile, une collection de notions sensiblement différentes (1) ; c'est pourquoi il ne suffit pas de connaître la loi compétente pour déterminer le domicile, il faut encore, lorsque cette loi est la loi française, savoir quelle est, de toutes les notions françaises en présence, celle qui est applicable en l'espèce. Ainsi seulement nous justifierons le titre de notre travail : « La détermination du domicile en droit international privé français ».

SECTION I

Le domicile, lorsqu'il détermine le statut personnel supplétoire

§ 1. — Le problème de l'heimatlosat et sa solution.

§ 2. — La notion française du domicile des apatrides.

Nous ne reprendrons pas ici la querelle traditionnelle entre les partisans de la loi nationale et les partisans de la loi du domicile, dont nous avons dit quelques mots dans notre introduction. Nous sommes en droit français, et il est hors de doute qu'en droit français le statut personnel est régi par la loi nationale.

§ 1. — Le problème de l'heimatlosat et sa solution

Mais, la diversité des législations sur la nationalité, et les complications de la vie moderne, ont rendu relativement fréquent un cas que les auteurs du Code civil n'avaient pas prévu : l'apatridie. A ce cas il convient d'ajouter d'ailleurs cet autre qui provient de la même cause et produit les mêmes effets : la double nationalité. Comment résoudre ces difficultés où l'application de la loi française devient impossible dans son sens strict ?

(1) Tous les auteurs qui ont étudié spécialement le domicile ont été contraints de reconnaître cette multiplicité. Elle était déjà nettement relevée dans l'ancien droit. C'est pourquoi Merlin est un de ceux qui ont le mieux fait apparaître cette diversité. L'auteur le plus récent (SAVATIER au tome I, p. 156 de PLANIOL et RIPERT) en convient également.

La solution généralement adoptée consiste à confier au domicile le rôle que ne peut remplir la loi nationale inexistante ou incertaine. Certains Codes ont imposé cette manière de voir (1) ; la grande majorité des auteurs l'a également adoptée, tout au moins en ce qui concerne la suppléance de la loi nationale absente (2), car une partie de la doctrine refuse d'étendre cette règle au cas de double nationalité et cherche alors à faire prévaloir sur les autres une des nationalités en présence (3). La jurisprudence a de son côté affirmé fréquemment le rôle du domicile comme statut personnel supplétoire, aussi bien dans les cas d'absence de nationalité que dans les cas de double nationalité ou dans les cas de nationalité incertaine (4).

(1) Article 29 de la loi d'introduction du Code civil allemand : « Lorsqu'une personne n'appartient à aucun état, ses rapports juridiques en tant que la loi nationale est déclarée applicable, se jugent d'après les lois auxquelles cette personne a appartenu en dernier lieu, et si, même auparavant, elle n'a appartenu à aucun état, d'après les lois de l'Etat dans lequel elle a ou a eu, à l'époque à considérer, son domicile et faute de domicile, sa résidence » ; la loi hongroise de 1894 sur le mariage, art. 119 : « En ce qui concerne le mariage des étrangers dont la nationalité est incertaine, dans tous les cas où, d'après la présente loi, il y aurait lieu d'appliquer la loi nationale, la loi du domicile sera appliquée » ; l'article 8 du Code civil japonais : « Dans tous les cas où la loi nationale est applicable, celui qui n'a point de nationalité... est soumis à la loi de son domicile, et si le domicile est inconnu, à la loi de sa résidence ».

(2) AUBRY et RAU, I, p. 144, note 24 *in fine* ; AUDINET, n° 108, p. 151, n° 171, p. 130, n° 313, p. 232, et S. 1909, 2, 193 ; CHAUSSE, Clunet, 1897, p. 22 ; DEMOLOMBE, I, p. 280 ; DESPAGNET, n° 226, p. 684 et n° 232, *in fine*, p. 693 ; FERAUD-GIRAUD, Clunet, 1885, p. 389 ; LAURENT, D. C. I., III, n° 253, *in fine*, et Droit civil, I, n° 87, p. 129 et n° 371, p. 478 ; LOISEAU, p. 158 ; SURVILLE et ARTHUYS, n° 143, p. 198 et n° 148, p. 201 ; TAGER, Clunet, 1929, p. 412 ; VALÉRY, n° 601, p. 856 ; WEISS, III, p. 77 et 177 ; résolution, n° VI, alinéa 2, de la session d'Oxford de l'Institut de Droit international, Annuaire de l'I. D. I., 1881-1882, v, p. 57.

(3) AUDINET ; LOISEAU ; PILLET, n° 148 ; POLITIS, D. 1905, 2, 73 ; SURVILLE et ARTHUYS ; VALÉRY ; WEISS ; BENNET, p. 100, note 3. Nous n'avons pas à exposer ici le détail de cette controverse.

(4) Citons en particulier : Cassation, 29 juin 1893 (D. 1893, 1, 569, Clunet, 1895, p. 390, S. 1896, 1, 89, aff. Jean Goyan, qui a statué dans un cas de nationalité incertaine et qui peut être interprété d'ailleurs comme se référant simplement à la *lex fori*) ; Seine, 19 novembre 1895 (le Droit, 24 décembre 1895) confirmé par Paris, 7 mars 1897 (Clunet, 1897, aff. d'Almeidas-Souza, cas de nationalité incertaine, p. 816) ; Aix, 9 juillet 1903 (Clunet, 1904, p. 150, D. 1905, 2, 73 ; S. 1906, 2, 257), aff. Marrasch

§ 2. — *La notion française du domicile des apatrides*

La question qui nous intéresse est celle de savoir en quoi consiste la notion du domicile que nos tribunaux mettent en œuvre lorsqu'elle leur sert à déterminer le statut personnel d'un individu qui n'a pas de loi nationale certaine. Toutes les décisions que nous possédons ont reconnu que le domicile de l'heimatlos était en France (par suite ils ont fait régir son statut personnel par la *lex fori*) de sorte que la solution que nous pourrions dégager de la jurisprudence sera moins nette et moins éprouvée que si nous pouvions nous appuyer également sur des arrêts ayant fixé le domicile de l'apatride dans un pays étranger. D'autre part les tribunaux ont toujours été extrêmement brefs dans leur détermination du domicile en ce cas, constatant simplement que l'intéressé avait son domicile en France mais ne justifiant jamais cette affirmation, probablement parce que les circonstances de fait ne permettaient aucun doute sur ce point.

Une chose ressort cependant clairement de tous les arrêts que nous avons cités : le domicile en question n'est pas le domicile autorisé de l'ancien article 13 C. c., c'est donc un simple domicile de fait.

Quels en sont au juste les éléments ? Il est difficile de répondre d'une façon précise. Cependant nous inclinons à croire que le domicile doit être apprécié en cette matière d'une façon extrêmement large, car lorsqu'un véritable domicile ne peut pas être suffisamment caractérisé en l'espèce, une simple résidence peut en tenir l'emploi.

qui a statué dans un cas de double nationalité ; Alger, 7 février 1906 (Clunet, 1907, p. 409), aff. Tibika, cas de nationalité incertaine ; Paris, 14 mai 1907 (Clunet, 1907, p. 1109, S. 1909, 2, 193, aff. Schwartz, cas d'absence de nationalité ; Seine, 14 février 1908 (Clunet, 1908, p. 813), aff. Gottlieb, cas d'absence de nationalité ; Paris, 25 novembre 1913 (Revue, 1914, p. 170) ; Nancy, 10 juin 1914, aff. Langard, cas d'absence de nationalité, la Cour a appliqué la loi de la résidence (Clunet, 1915, p. 620) ; Seine, 29 mars 1928 (Clunet, 1929, p. 402), aff. Alandi, cas d'absence de nationalité ; Seine, 7 mars 1929 (Clunet, 1929, p. 410, note P. Tager), aff. Bek-Marmartcheff, cas d'absence de nationalité.

C'est ce qu'a dit le Tribunal de Marseille le 11 juillet 1901 dans l'affaire Marrasch : « Attendu que dans l'impossibilité de choisir entre deux lois qui ne peuvent être appliquées concurremment et à défaut de tout autre critérium, le juge doit prendre pour base de sa décision la loi du domicile, et à défaut, de la résidence ; attendu que le sieur Marrasch n'était plus domicilié en Turquie, que s'il ne peut être considéré comme ayant conservé son domicile en Angleterre, il est certain qu'au moment de son décès il résidait en France ; que dès lors, dut-on admettre que sa nationalité est incertaine, c'est par la loi française qui est la loi de sa résidence que sa succession doit être réglée ».

La Cour d'Aix le 9 juillet 1903 (1) confirma en ces termes le point qui nous occupe : « considérant qu'il importe peu que Marrasch n'ait pas sollicité du Gouvernement français à titre d'étranger, l'autorisation de fixer son domicile en France ; que Marseille a été de 1882 jusqu'à sa mort (1900) ainsi qu'il a été dit, le siège de son unique établissement ; considérant que dans l'hypothèse d'un conflit entre les législations ottomane et britannique devant un tribunal français ayant mission de statuer sur le litige, le juge de la tierce puissance doit appliquer à la cause la loi du domicile ».

Donc la notion française de domicile usitée pour la détermination du domicile statut personnel supplétoire comprend normalement comme élément essentiel le principal établissement, mais lorsque ce dernier n'est pas caractérisé, le simple résidence est considérée comme suffisante. Ce que l'on cherche en effet, c'est une circonstance de fait qui permette de rattacher l'individu à une collectivité plutôt qu'à une autre ; aussi n'hésitons-nous pas à aller plus loin et à dire qu'à défaut du lien normal de la nationalité, à défaut du lien subsidiaire du domicile, à défaut du lien exceptionnel de la résidence habituelle, il faudra aller jusqu'à attribuer effet à la présence matérielle de l'individu. Lorsqu'il s'agit d'une personne physique, elle est toujours saisissable au moins par ce der-

(1) Clunet, 1904, p. 150, D. 1905, 2, 73 ; S. 1906, II, 257, note Politis.

nier élément, et la nécessité où l'on se trouve de doter l'individu d'un statut personnel peut obliger, dans certains cas, à recourir à ce moyen extrême.

Par conséquent lorsque l'on admet qu'à défaut de la loi nationale c'est la loi du domicile qui déterminera le statut personnel d'un individu, il faut entendre par domicile, non seulement le principal établissement intentionnel même s'il n'est pas consacré par l'autorité territoriale, mais encore tout établissement même dépourvu d'élément intentionnel, même graduellement affaibli et dépouillé de toute circonstance de fait, jusqu'à ne plus consister finalement qu'en la présence matérielle pure et simple (1).

Nous ne pensons pas qu'il y ait lieu de distinguer entre les différentes matières qui sont régies par le statut personnel car nous ne pensons pas que la notion de domicile soit différente lorsque ce domicile doit déterminer le statut personnel qui régira la tutelle et lorsqu'il doit déterminer le statut qui régira le mariage ou la capacité par exemple (2).

SECTION II

Le domicile dans les lois sur la nationalité

§ 1. — Rôle du domicile dans les lois sur la nationalité, en particulier dans la loi du 10 août 1927.

§ 2. — Notion du domicile nécessaire à l'acquisition de la nationalité française : historique et doctrine, jurisprudence avant, pendant et après la guerre. Conclusion.

§ 1. — *Rôle du domicile dans les lois sur la nationalité*

Nous avons déjà indiqué le rôle important joué par le domicile dans les lois sur la nationalité. En France, la loi du 10 août 1927 décide : que jusqu'à vingt et un ans les mineurs nés en France d'un père étranger peuvent récla-

(1) En ce sens les termes très larges de l'arrêt de Nancy, 10 juin 1914 (aff. Langard, Clunet, 1915, p. 620).

(2) Nous ne nous occupons pas ici non plus du domicile qui détermine le statut personnel par renvoi de la loi nationale. Nous avons dit en effet qu'en ce cas c'était cette loi nationale (ou toute autre loi renvoyante) qui

mer la nationalité française s'ils sont domiciliés en France (art. 3) ; qu'à l'âge de vingt et un ans les mineurs qui réunissent ces conditions deviennent automatiquement Français à moins d'une déclaration contraire de leur part (art. 4) ; que les étrangers nés en France ou à l'étranger qui viennent se domicilier en France après leur majorité se verront faciliter les formes de la naturalisation (art. 6). Elle décide en outre qu'une des conditions nécessaires pour que la femme française qui épouse un étranger perde sa nationalité, réside dans la fixation hors de France du premier domicile du ménage (art. 8) ; et que l'action de déchéance de nationalité sera portée par le ministère public « devant le Tribunal civil du domicile, ou à son défaut de la résidence, de l'intéressé ; lorsque son domicile ou sa résidence sont inconnus ou se trouvent en pays étranger, l'action est intentée devant le tribunal du dernier domicile ou de la dernière résidence connue ».

Des dispositions analogues ont existé de tous temps dans le titre premier du livre premier du Code civil, et peut-être même cette importance du domicile dans l'attribution de la nationalité remonte-t-elle à la loi des 9-15 décembre 1790, article 22 qui, moyennant la condition de « fixer son domicile en France », et un serment civique, ouvrait aux étrangers descendant des émigrés ayant quitté la France à la révocation de l'Edit de Nantes, l'exercice des droits civils.

Mais que doit-on entendre par domicile dans ces différents cas ? Nous ne voulons pas pousser à l'extrême les conséquences de notre système de différenciation du domicile suivant les effets à produire. La notion du domicile a-t-elle varié avec les lois sur la nationalité qui se sont succédées au cours des années écoulées depuis le Code civil ? Nous ne le pensons pas. Dans chacune de ces lois la notion de domicile a-t-elle varié selon les conséquences

seule avait compétence pour déterminer le domicile. Ce ne peut donc en aucun cas être la loi française, et la jurisprudence l'a d'ailleurs fort bien compris ainsi. Il n'y a donc pas de notion française du domicile déterminant le statut personnel après renvoi, qui puisse trouver place ici.

que ce domicile entraînait ? Nous ne pensons pas non plus qu'il faille aller jusque là.

Toutefois, la loi de 1927 nous laisse un doute sur ce point ; elle fait allusion à trois domiciles, l'un, celui des articles 3, 4 et 5, joue un rôle dans l'acquisition de la nationalité, l'autre, celui de l'article 8, joue un rôle dans la perte de sa nationalité pour la femme française ; le troisième, celui de l'article 10, est attributif de compétence pour l'action en déchéance de nationalité.

Nous allons parler longuement du premier dont la notion est bien connue parce que la loi de 1927 l'a puisée très certainement dans les lois antérieures sur le même sujet. Mais ce que nous en dirons ne s'appliquera pas aux domiciles visés par les articles 8 et 10 de la loi. Celui de l'article 10 paraît bien se rattacher à la matière de la compétence, la loi prend soin d'ailleurs de lui assimiler la résidence, et il ne semble pas qu'il doive susciter de nombreuses difficultés. C'est un domicile au sens très large du mot, un simple établissement sans élément intentionnel, une résidence précaire sans importance ; l'action très spéciale en déchéance de nationalité, ne pouvant être portée que devant un tribunal français, on a donné compétence *ratione personæ* à celui dans le ressort duquel l'étranger a exercé en dernier lieu son activité.

Quant au domicile prévu à l'article 8 de la loi de 1927, il semble bien qu'il s'agisse de cette variété de domicile que nous étudierons plus loin, le « domicile matrimonial », et le législateur aurait ainsi consacré, en l'appliquant à la nationalité de la femme mariée, une pratique séculaire de la jurisprudence touchant le régime des biens entre époux.

En effet, l'article 9 du décret du 10 août 1927 relatif à l'application de la loi du même jour (D. 1928, 4, 13) dispose : « en cas de mariage contracté en France par une Française avec un étranger, l'officier d'Etat civil invite le futur époux à produire... une déclaration écrite relative à la situation du domicile conjugal après la célébration du mariage ». Mais nous ne pensons pas que l'existence de cette déclaration écrite supprimera toutes les difficultés. En effet, il peut se produire que la Française

épouse un étranger à l'étranger, devant un officier d'état-civil qui ne se préoccupera pas des prescriptions françaises sur ce point; il peut également se faire que, même si le mariage a lieu en France, un officier d'état civil ignorant néglige la prescription de l'article 9 du décret; enfin, il peut se produire que la déclaration remise par les époux soit purement fallacieuse, contraire à la réalité des faits, et rédigée simplement dans un but frauduleux (ce sera l'occasion d'appliquer le principe de la sincérité du domicile; il sera intéressant à ce propos d'observer l'attitude de la jurisprudence lorsqu'elle aura à connaître de ces difficultés). Dans tous ces cas, ce seront les tribunaux qui devront déterminer le premier domicile des époux. Etant donné la place que l'article 9 du décret paraît réserver à la volonté des époux, nous pensons que le domicile visé par l'article 10 de la loi de 1927 n'est pas le lieu où les époux vont en fait s'établir après le mariage pour y mener la vie commune et y exercer leur industrie même si telle n'avait pas été leur intention primitive au jour de la célébration, mais que c'est au contraire le domicile matrimonial dans le sens où l'entend d'ordinaire le jurisprudence et que nous étudierons dans notre section X.

§ 2. — *Notion du domicile nécessaire à l'acquisition de la nationalité française*

Dans la présente section, nous allons nous borner à préciser la notion de domicile servant à l'acquisition de la nationalité française.

N° 1. — *Historique et doctrine.* — Nous avons déjà dit que les lois et constitutions révolutionnaires avaient été les premières à poser en cette matière la condition de domicile (1).

(1) Constitution de 1793, art. 4 : « Tout étranger âgé de vingt et un ans accomplis, qui, domicilié en France depuis une année, y vit de son travail, ou acquiert une propriété, ou épouse une française ou adopte un enfant ou nourrit un vieillard, tout étranger enfin qui sera jugé par le Corps législatif avoir bien mérité de l'humanité, est admis à l'exercice des droits de

A cette époque, l'autorisation à domicile n'existait pas encore et le domicile requis ne pouvait donc être qu'un domicile de fait. Le Conseil d'Etat décida cependant le 9 prairial an XI que le stage nécessaire à la naturalisation exigeait un domicile autorisé. Etendit-on cette solution au domicile visé dans l'article 9 du Code civil ? On serait tenté de le croire, en voyant la solution rigoureuse donnée par la Chambre des requêtes le 11 avril 1858 (1) dans l'affaire Moselmann : ce dernier se prétendait Français parce que son père avait eu en France le domicile nécessaire au moment de la constitution de 1793 ; la Cour de Cassation rejeta sa demande parce que l'arrêt attaqué avait constaté que : « Mosselmann père ne faisait que résider en France et qu'il n'y était pas domicilié ». La Cour suprême a donc apprécié très strictement le domicile prévu par la constitution de 1793, et il semble bien, en présence du contexte, qu'elle ait eu tort de se montrer aussi sévère.

Mais lorsque la loi de 1889 vint modifier les dispositions du Code civil sur la nationalité, ses rédacteurs s'expliquèrent assez nettement sur la notion de domicile dont ils faisaient usage. Le rapporteur de cette loi à la Chambre des députés, Antonin Dubost, s'exprima ainsi dans son deuxième rapport supplémentaire (2). « Le domicile tel qu'il est prévu à notre article 8 doit être entendu *lato sensu* ; il s'agit évidemment de déclarer français les individus qui, nés en France, habitent encore notre pays à leur majorité, la résidence permanente équivaut ici au domicile ». Une circulaire du Garde des Sceaux du 28 août 1893 (3) était conçue dans le même sens.

Aussi fut-il unanimement admis que le domicile exigé par la loi de 1889 n'était pas un domicile autorisé, n'était même pas le domicile de l'article 102, mais une sim-

citoyen français ; la constitution de l'an III exigea sept ans de résidence, celle de l'an VIII, dix ans de résidence et c'est alors que le Conseil d'Etat décida le 9 prairial an XI que cette résidence devait s'entendre d'un domicile autorisé.

(1) S. 1848, 1, 606.

(2) Séance du 28 février 1889, *J. O.*, 17 juillet 1889, documents parlementaires, annexe, n° 3560, p. 576.

(3) Lois nouvelles, 1894, 1, 33.

ple résidence permanente, constituée par de purs éléments de fait, sans élément intentionnel appréciable. Seuls, Campistron (1) et Rouard de Card (p. 148) ont exigé en cette matière le principal établissement. Tous les autres auteurs (2) ont admis que suffisait une résidence fixe et permanente.

Nous avons déjà cité (3) la jurisprudence qui suivit la loi de 1889. Dès le 7 août 1890 (4) le tribunal de Nîmes se prononçait en faveur d'un domicile de fait. Cette interprétation fut maintenue par tous les arrêts postérieurs, notamment par la Cour de Cassation les 22 décembre 1894 (5), 2 mai 1910 (6), 27 avril 1920 (7).

N° 2. — *Jurisprudence avant la guerre.* — Cependant la détermination du domicile donna lieu encore à de nombreuses difficultés. Avant la guerre de 1914, la jurisprudence tenait à écarter de la nationalité française les individus indésirables, aussi montrait-elle une certaine rigueur dans l'appréciation du domicile de fait allégué par les intéressés. C'est ainsi que la Cour d'Aix a décidé le 3 juin 1901 (8) « que le domicile légal que tout mineur possède chez ses parents serait insuffisant pour satisfaire à la condition de l'article 8 C. c. » ; et la Cour de Paris le 18 novembre 1907 (9) écarte de même le domicile légal du mineur pour exiger la résidence réelle et effective jointe à l'intention de fixer en France son prin-

(1) « La nationalité », p. 69.

(2) AUBRY et RAU (I, n° 70, note 10) ; LE SUEUR et DREYFUS (p. 161) ; VINCENT (*La nationalité*, n° 38) ; GEOUFFRE DE LA PRADELLE (p. 159) ; GLARD (p. 89) ; STEMLER (Clunet, 1890, p. 563) ; SURVILLE (Clunet, 1893, p. 692, note 2) ; GÉRARDIN (Clunet, 1895, p. 330) ; Raymond HUBERT (Clunet, 1895, p. 546) ; DESPAGNET (n° 128) ; VALÉRY (n° 163) ; AUDINET (n° 42, n° 123, S. 1912, 1, 369 ; S. 1921, 1, 305, Répertoire national du Droit Français, V° *Nationalité*, n° 280) ; PILLET (I, 194) ; WEISS (I, 188 et 198) ; GREC (p. 132) (Cf. aussi les articles publiés au Clunet 1908, p. 113 et S. 1897, 1, 337).

(3) Chap. III, section I, p. 113.

(4) Clunet, 1891, p. 1223.

(5) D. 1895, 1, 136, aff. Pomezano.

(6) D. 1911, 1, 257 ; S. 1912, 1, 369, aff. Ghio.

(7) D. 1920, 1, 49 ; S. 1921, 305, aff. Molist.

(8) S. 1903, 2, 167.

(9) D. 1908, 2, 358.

incipal établissement ». Par contre le Tribunal de la Rochelle le 24 juin 1913 (1) attribua effet au domicile légal du mineur de préférence à son domicile de fait. Mr. Binet dans sa note sous le jugement reprocha vivement au Tribunal une erreur aussi flagrante, elle s'explique cependant par le fait que la jurisprudence a toujours tendance à statuer en fonction du but poursuivi et qu'ici le système adopté par le Tribunal était le seul qui permit de domicilier Meyer à l'étranger et de lui refuser par suite la nationalité française.

Toujours pour écarter les indésirables, la jurisprudence avait décidé de refuser de considérer comme domiciliés en France à leur majorité les étrangers frappés à cette époque d'un arrêté d'expulsion. En effet, puisque « le seul fait de leur présence sur le territoire français constituait un délit », ils ne pouvaient être admis à s'en prévaloir devant les tribunaux. La chambre criminelle en décida ainsi le 22 décembre 1894 (2). Les Chambres réunies se prononcèrent alors en sens contraire le 9 décembre 1896 (3), mais la Chambre criminelle refusa de s'incliner (4) et certains tribunaux continuèrent de suivre son exemple (5), tandis que la Chambre civile maintenait une jurisprudence opposée. Dans son arrêt du 2 mai 1910 (6) cete dernière décida notamment que la condition de domicile prévue à l'article 8 C. c. était remplie alors même que l'étranger se trouvait à l'époque de sa majorité incarcéré sur le territoire français pour y purger une condamnation, parce que dans ce cas le prisonnier est censé conserver son domicile antérieur. La loi du 10 août 1927 (art. 4, alinéa 2) vint d'ailleurs trancher cette controverse dans le sens de la Chambre criminelle, c'est-à-dire en faveur du contrôle gouvernemental (7).

(1) D. 1916, 2, 5, aff. Meyer.

(2) D. 1895, 1, 136.

(3) S. 1897, 1, 297.

(4) 21 janvier 1898 ; 30 mars 1898 ; 2 avril 1903 ; 17 juillet 1903 ; 20 février 1908 ; 28 janvier 1909 ; 10 juillet 1913 cités au *Clunet* 1916, p. 192.

(5) Bonneville, 10 janvier 1913, *Clunet*, 1913, p. 908.

(6) D. 1911, 1, 257 ; S. 1912, 1, 369, aff. Ghio.

(7) Sur cette controverse, cf. Lainé, *De l'expulsion des étrangers*,

N° 3. — *Jurisprudence pendant la guerre.* — Mais lorsque la guerre de 1914 eut éclaté, une tendance très différente se marqua en jurisprudence. L'Etat Français avait besoin de nationaux parce qu'il avait besoin de soldats, et la jurisprudence devint alors considérablement plus large dans l'appréciation du domicile exigé par l'article 8 C. c. Elle décida dans l'affaire Molist (1) que la présence même de l'étranger sur le territoire français au jour de sa majorité n'était pas indispensable, du moment qu'il y résidait habituellement.

Ici encore elle écarta le domicile de dépendance (aff. Molist) ou le fit au contraire intervenir (2) selon qu'il conduisait à domicilier l'intéressé à l'étranger ou en France. Alors qu'avant 1914, on invoquait le domicile de dépendance pour domicilier l'individu en cause à l'étranger et lui refuser la nationalité française, après 1914 au contraire on se servit du domicile de dépendance toutes les fois où il permettait de domicilier en France l'individu en cause, et de lui imposer la nationalité française. Dans ces derniers cas d'ailleurs, le domicile de l'intéressé n'est en France que si le domicile de ses parents se trouve lui-même en France, et c'est alors au domicile de fait des parents que la jurisprudence applique la définition que les travaux préparatoires de la loi de 1889 donnent du domicile prévu dans l'article 8 C. c. Il n'est pas sûr que cette manière de faire soit dans l'esprit de la loi, qui paraît bien ne se préoccuper que du domicile de l'intéressé et non du domicile de la personne chez qui l'intéressé aurait un domicile de dépendance ; on serait, pensons-nous, arrivé au même résultat en laissant de côté le domicile de dépendance et en ne s'attachant qu'à l'établissement de fait de l'individu même mineur.

N° 4. — *La jurisprudence après la guerre.* — Il n'est pas certain d'ailleurs que, une fois la guerre terminée, et

appelés à devenir Français par le bienfait de la loi, Clunet, 1897, p. 449, 701, 963, Clunet, 1898, p. 57, 675.

(1) Carcassonne, 30 juin 1917, Clunet, 1917, p. 1774.

(2) Seine, 20 juin 1918, aff. Landeau, Clunet, 1918, p. 1209 ; Seine, 12 décembre 1918, aff. Feldstein, Clunet, 1919, p. 331.

maintenant que les nécessités militaires, politiques et démographiques ne sont plus les mêmes, la jurisprudence ne revienne pas à des tendances plus restrictives. C'est ce qui paraît bien résulter d'un arrêt de la Cour de Colmar du 21 octobre 1926 (1). Un sieur G.... qui avait quitté la France en 1919, était venu habiter en Alsace en 1923, et il était reparti quelques mois plus tard après avoir rempli les formalités nécessaires à l'obtention de la nationalité française ; la Cour décide « qu'il semble dès lors n'être rentré en France qu'à l'effet d'obtenir la nationalité française, mais sans l'intention de s'y établir, condition exigée par les articles 9 et 10 C. c. » ; elle applique donc à la matière de la nationalité le principe de la sincérité du domicile dont nous avons parlé plus haut, afin d'écarter un individu qu'elle jugeait indésirable.

Toutes ces réflexions conservent leur utilité sous l'empire de la loi de 1927 et de ses dispositions nouvelles que nous avons signalées plus haut. En effet, le législateur de 1927 a entendu conserver la notion de domicile telle qu'elle se présentait avant son intervention. « Rien dans le rapport de M. Lisbonne, écrit M. Mallarmé, n'indique que le Sénat ait entendu modifier l'interprétation extensive que la jurisprudence avait donné à l'article du Code en ce qui concerne la condition du domicile ». Quelle est alors, en résumé, la notion française du domicile lorsque le domicile est posé comme une condition de l'acquisition de la nationalité française ?

N° 5. — *Conclusion.* — Le but du législateur a été maintes fois mis en lumière : il considère comme suffisamment adaptés les individus qui ont vécu en France pendant un certain temps, il les juge plus facilement assimilables que les étrangers qui vivent dans un milieu différent ; par conséquent, lorsqu'il parle du domicile, c'est à une notion de pur fait qu'il se réfère, ainsi qu'il l'a dit lui-même, c'est à la résidence habituelle et permanente. Il suffit donc, croyons-nous, que l'individu en cause ait vécu habituellement sur le territoire français,

(1) S. 1928, 2, 1, note M. Niboyet.

même si son intention n'est pas conforme (et en fait il s'agira le plus souvent d'un mineur qui ne peut pas facilement manifester d'intention). Le fait qu'au jour précis de sa majorité l'étranger n'était pas matériellement présent sur le sol de France n'a aucune importance, il ne faut pas que le fait de passer la frontière à la veille de sa vingt et unième année soit pour lui un moyen d'éluder la loi française. Par contre, le fait d'être présent accidentellement sur le sol français ne constitue pas un domicile suffisant car il ne réalise pas le vœu de la loi.

Ce que les lois sur la nationalité entendent par domicile nécessaire à l'acquisition de la nationalité française, ce n'est donc pas le principal établissement de l'article 102 C. c. ; un établissement secondaire est parfaitement suffisant, il doit être envisagé en dehors des règles sur la dépendance, en dehors aussi de toute manifestation de volonté conforme ou contraire ; l'essentiel c'est que l'individu ait été suffisamment en contact avec le milieu français pour en ressentir utilement l'influence. C'est donc là une notion spéciale, notion uniquement de fait, assez souple pour permettre à la jurisprudence d'accepter les étrangers assimilables et de rejeter les autres.

SECTION III

Le domicile en matière d'affouage

§ 1. — Historique et jurisprudence : jusqu'en 1850, de 1850 à 1874, de 1874 à nos jours.

§ 2. — Le droit à l'affouage.

§ 3. — La notion du domicile réel.

Le droit d'affouage (étymologiquement : alimenter le foyer) c'est le droit, pour les habitants de la commune, d'avoir une part de la jouissance des biens communaux, en particulier des coupes de bois effectuées dans la forêt communale. Nous avons dit d'ailleurs qu'on y pouvait assimiler la jouissance de tous les biens communaux en général : droit de faire paître son bétail sur les prés communaux, droit de ramasser le goémon sur la côte communale, droit de couper les bruyères et roseaux sur

l'étang communal, droit d'extraire des matériaux de la carrière communale. Ce droit est surtout en vigueur dans les régions frontières et forestières : Ardennes, Alsace, Franche-Comté. Il a donné lieu à une controverse fameuse en jurisprudence, controverse que la loi du 25 juin 1874 était venu clore, mais que la loi du 10 août 1927 a indirectement réouverte. C'est pourquoi nous devons l'exposer ici assez amplement.

§ 1. — *Historique et jurisprudence*

N° 1. — *Jusqu'en 1850.* — Le droit d'affouage remonte au plus profond de l'ancien droit. Une charte royale de 1382 le concédait « *ad illum finem quod cultura non deservatur et domicilia non affogata dimittantur* ». L'ordonnance de 1669 consacra son titre 20 aux « usages au bois ». Il semble bien qu'à cette époque les étrangers n'étaient pas admis à l'affouage, et qu'on en excluait même certains forains nationaux (vicaire, maître d'école) (1). La loi du 21 mai 1827, dite Code forestier, réglementa le droit à l'affouage dans son article 105 ainsi conçu : « S'il n'y a titre ou usage contraire, le partage des bois d'affouage se fera par feux, c'est-à-dire par chef de famille ou de maison, ayant domicile réel et fixe dans la commune ».

Comment devait s'entendre cette condition de domicile vis-à-vis des étrangers ? Ce domicile était-il celui de l'article 13 C. c. ? Était-il celui de l'article 102 C. c. ? Était-ce un domicile spécial propre à cette matière ? Les épithètes « réel et fixe » employées par le Code forestier devaient-elles s'ajouter à la définition générale du domicile, ou devaient-elles constituer à elles seules une définition spéciale ?

Le 26 février 1838 (2) la Cour de cassation reconnut le droit d'affouage à des étrangers non autorisés à domicile expressément mais qu'elle considéra comme autorisés tacitement (en vertu du droit d'option que la loi

1) Cf. Colmar, 28 mai 1867, D. 1867, 2, 114 ; S. 1867, 2, 282.

(2) S. 1838, 1, 280.

du 14 octobre 1814 réservait aux habitants des pays réunis à la France sous l'Empire puis séparés lors de la Restauration); le 11 mai 1838, la Cour de cassation (1) rejeta le pourvoi formé dans l'intérêt de la loi par le procureur général contre une décision du tribunal de simple police de Givet le 24 juillet 1837, qui avait acquitté le belge Belot poursuivi pour avoir laissé paître ses animaux sur le pré communal; la Chambre criminelle déclara en effet que ce droit était un droit réel dont les étrangers pouvaient jouir sans avoir été aucunement autorisés à domicile.

Jusqu'en 1850, le Conseil d'Etat statua sur cette matière concurremment avec la Cour de cassation. Le 30 mars 1846 (2) il décida que la qualité d'étranger emportait automatiquement l'exclusion du droit à l'affouage; et le 18 novembre 1846 (3) il persista dans cette jurisprudence. Les 3 juin 1841, 9 janvier 1843 et 31 mars 1843, il avait même décidé que ne pouvaient pas davantage prétendre à l'affouage les étrangers ayant obtenu l'autorisation de l'article 13 C. c., car l'affouage était réservé aux citoyens français.

Le 10 avril 1850 (4) le Tribunal des conflits ôta la connaissance de ces litiges aux tribunaux administratifs et se prononça pour la compétence judiciaire.

N° 2. — *De 1850 à 1874.* — Alors commença une lutte prolongée entre la Cour de cassation et les Cours d'appel des régions intéressées. Déjà le 3 juillet 1846, la Cour de Colmar (5) avait affirmé que l'affouage était la contrepartie de certaines charges municipales et nationales auxquelles l'étranger était soustrait et que, en conséquence, seuls les citoyens français pouvaient participer à l'affouage. Le 14 décembre 1858 (6) la Cour de Metz moins rigoureuse, admit à l'affouage les étrangers auto-

(1) S. 1838, 1, 656.

(2) D. 1846, 3, 130; S. 1846, 2, 408, aff. Pire.

(3) D. 1847, 3, 1; S. 1847, 2, 192.

(4) S. 1850, 2, 487.

(5) D. 1846, 4, 12.

(6) S. 1859, 2, 492.

risés à domicile, et se contenta même d'une autorisation tacite (même hypothèse que Cassation, 26 février 1838).

Un sieur Baumat d'origine suisse ayant été rayé de la liste affouagère de la commune de Tréviillers, s'adressa au tribunal de Montbéliard. Celui-ci dans un jugement du 6 décembre 1859 ordonna le rétablissement de Baumat sur les listes, en vertu d'une présomption d'autorisation. Sur appel de la commune, la Cour de Besançon confirma ce jugement le 25 juin 1860 (1) en affirmant qu'un domicile de fait suffisait pour donner droit à l'affouage, et le 31 décembre 1862 (2) la Cour de cassation statuant à son tour sur cette affaire, sur les conclusions de l'avocat général de Raynal (qui refusait d'exclure l'étranger de l'affouage et qui voyait dans ce droit un droit réel analogue à l'usage), rejeta le pourvoi : « Attendu qu'on ne peut, au prétendant à l'affouage qui réunit les conditions exprimées à l'article 105 for., imposer l'obligation de justifier ce que le même article n'exige pas, ou qu'il est français ou naturalisé français, ou qu'étant resté étranger il a obtenu du Gouvernement français l'autorisation d'établir son domicile en France, requise par l'article 13 pour la jouissance des droits civils en général ». La Cour suprême, dédaignant l'artifice du caractère tacite de l'autorisation gouvernementale, décidait donc très nettement que toute autorisation était superflue.

Du reste, la Chambre criminelle avait décidé de même entre temps, le 21 juin 1861 (3), que ni la qualité de Français, ni l'autorisation de l'article 13 C. c. n'étaient requises par l'article 105 for. qui se suffisait à lui-même, ainsi qu'elle le montra. La Cour de Metz adopta purement et simplement cette jurisprudence (4), mais la Cour de Colmar éleva une éloquente protestation. Le 28 mai 1867 (5) réformant un jugement de Wissembourg, elle rendit un arrêt dont le texte n'occupe pas moins de sept colonnes du Dalloz et neuf colonnes du Sirey ; cette

(1) S. 1860, 2, 591.

(2) S. 1862, 1, 79 ; D. 1863, 1, 5.

(3) S. 1861, 1, 800, aff. Casanova.

(4) 23 novembre 1865, D. 1865, 2, 208 ; S. 1865, 2, 320, aff. Dave.

(5) S. 1867, 2, 282 ; D. 1867, 2, 114.

longueur inusitée est ainsi justifiée : « Attendu que le but du magistrat étant de servir la vérité juridique, aucun effort n'est excessif qui peut tendre à faire prévaloir auprès des esprits éminents cette vérité contestée ». Cet arrêt examinait l'ancien droit et les travaux préparatoires du Code forestier afin de prouver que l'exclusion des étrangers du droit d'affouage était normale et conforme à l'intention du législateur. Mais la Cour de cassation, dont la Chambre des requêtes avait rejeté le 1^{er} juillet 1876 (1) le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Metz dans l'affaire Dave, cassa le 22 février 1869 (2) l'arrêt de la Cour de Colmar dont l'argumentation scrupuleuse méritait peut-être un meilleur sort que les quatre lignes par lesquelles la Cour suprême le mit à néant.

La Cour de cassation manifesta donc de façon éclatante que son opinion était inébranlable, que l'article 105 for. se suffisait à lui-même et que le domicile qu'il exigeait n'était pas un domicile autorisé.

N^o 3. — *De 1874 à nos jours.* — C'est alors que le législateur crut devoir intervenir. La loi du 25 juin 1874 (3) ajouta à l'article 105 for. un paragraphe ainsi conçu : « L'étranger qui remplira ces conditions ne pourra être appelé au partage qu'après avoir été autorisé conformément à l'article 13 C. c. à établir son domicile en France ». Les lois du 21 avril 1901 (4) et 26 mars 1908 (5) qui modifièrent les modes de répartition de l'affouage, conservèrent cette rédaction. L'intention du législateur, d'après l'exposé des motifs, était de favoriser les étrangers honnêtes et utiles au pays, et d'écarter les étrangers mal-faiteurs, insoumis et vagabonds, l'admission à domicile étant censée constituer un critérium satisfaisant.

Les choses en étaient à ce point lorsque la loi du 10 août 1927, en supprimant l'admission à domicile vint ranimer la discussion. Le 24 mars 1928, le Conseil in-

(1) D. 1867, 1, 389 ; S. 1867, 1, 275.

(2) D. 1869, 1, 180 ; S. 1869, 1, 159.

(3) D. 1875, 4, 9.

(4) D. 1901, 4, 78.

(5) D. 1908, 4, 49.

terdépartemental de Dijon, saisi d'une demande de participation à l'affouage (1) prit une décision rigoureuse mais logique. Si le législateur de 1874 a exigé un domicile autorisé, dit-il en substance, c'est qu'il a considéré l'affouage comme un pur droit civil ; or, l'admission à domicile n'existe plus, mais il subsiste encore un mode d'acquisition de la jouissance des droits civils, c'est la réciprocité diplomatique de l'article 11 C. c. ; en conséquence, c'est désormais en vertu de ce seul texte que les étrangers pourront prétendre à l'affouage. Cette solution équivalait très exactement à exclusion des étrangers du bénéfice de l'affouage.

Un revirement se produisit dès le 22 mars 1929 (2). Le Conseil interdépartemental des Meurthe-et-Moselle, Meuse et Vosges, embarrassé par la demande de la Dame Lugen née Pierron, sollicita l'avis du Ministre de l'Agriculture et celui-ci répondit télégraphiquement le 1^{er} mars 1929, « après accord avec MM. le Ministre de l'Intérieur et le garde des Sceaux » que, « peuvent prétendre désormais à l'affouage, les étrangers ayant fixé sur le territoire leur principal établissement et pouvant prouver qu'ils sont domiciliés en France au sens de l'article 102 C. c. ». L'arrétiste du *Clunet*, M. J. Perroud, fit remarquer justement à ce propos « que l'avis d'un ministre et même de trois ministres n'est pas une source de droit suffisante ». Néanmoins, il est probable que la jurisprudence persistera désormais dans cette nouvelle voie et nous pensons que cette solution est équitable.

§ 2. — *Le Droit à l'affouage*

Il est juste en effet d'admettre les étrangers au bénéfice de l'affouage. Au point de vue fiscal et municipal, ils supportent sensiblement les mêmes charges que les nationaux ; cette faveur est minime, mais son exclusion est vexatoire ; les étrangers qui en sont indignes peuvent

1) *Semaine juridique*, 19 juillet 1928, p. 899, aff. Wyrsh. *Revue*, 1929, p. 68.

2) *Semaine juridique*, 1929, p. 824, *Clunet*, 1930, p. 360.

en être écartés par d'autres moyens que celui employé par le législateur de 1874 ; si ce sont des vagabonds, les tribunaux refuseront de reconnaître la réalité et la fixité de leur domicile, si ce sont des indésirables, l'autorité administrative pourra les expulser dans des délais très brefs.

Pour exclure les étrangers de la forêt communale, on s'était principalement fondé sur deux arguments juridiques. L'un résidait dans la tradition de l'ancien droit, il était incontestable, mais malheureusement inopérant ; en effet, l'article 218 for. dispose « : Sont et demeurent abrogés pour l'avenir toutes lois et ordonnances, édits ou déclarations, arrêtés du Conseil, arrêtés et décrets, et tous règlements intervenus, à quelque époque que ce soit, sur les matières réglées par le présent Code en ce qui concerne les forêts ». L'autre résidait dans une assimilation des conditions de l'affouage aux conditions du droit au partage des biens communaux. La loi du 10 juin 1793, section II, articles 1, 2 et 3 prévoit en effet que le partage de ces biens pouvait se faire entre les habitants, qu'elle définissait : « tout citoyen français domicilié dans la commune » ; mais cette loi ne pouvait s'appliquer qu'au partage du fonds même des biens communaux, non à la jouissance de ces biens (l'article 15 de la section III de la loi le disait formellement) et, si la solution qu'elle donnait dans le premier cas se justifie aisément, les raisons de décider ne sont plus les mêmes dans le second. D'ailleurs ces deux arguments ont été solennellement condamnés par la Cour de cassation dans les arrêts que nous avons signalés.

On pourrait maintenant en ajouter un troisième tiré de la loi de 1874. En effet, cette loi n'a pas été abrogée et, pour savoir si l'on doit faire disparaître le paragraphe dont elle avait enrichi l'article 105 for., il faut rechercher quel but elle poursuivait. Si elle a voulu faire de l'affouage un pur droit civil, l'abrogation de l'article 13 C. c. laisse ce principe intact, et le Conseil interdépartemental de Dijon avait raison (1) ; mais si elle a voulu

(1) C'est ce qui semble être l'avis de M. Teissier, président de la Société

simplement préciser à l'égard des étrangers la signification des mots « domicile réel et fixe », alors la loi de 1927 l'a rendue caduc et sans valeur. C'est cette dernière opinion que nous adoptons (1) car nous ne pensons pas que l'affouage réunisse sérieusement les caractères d'un droit civil, et d'autre part, l'absence de référence à l'article 11 C. c. nous autorise à croire que la loi de 1874 a simplement voulu définir le domicile.

Il faut donc penser que les étrangers ont désormais droit à l'affouage s'ils réunissent les conditions prévues à l'article 105 du Code forestier, en particulier celle du domicile. Quelle est dès lors la notion française du domicile en cette matière ?

§ 3. — *La notion du domicile réel et fixe*

On serait tout d'abord tenté de croire qu'il s'agit de l'article 102 du Code civil. C'est ainsi que le comprit la Cour de Besançon dans l'affaire Beaumat (2) lorsqu'elle exigea « pour l'établissement du domicile, le fait de l'habitation réelle joint à l'intention de l'établir » ; la Cour de Metz fut plus nette encore le 23 novembre 1865 dans l'affaire Dave (3) en disant : « Attendu que, de tout ce qui précède, il y a lieu de conclure que le domicile dont parle l'article 105 for. n'est autre que le domicile réel déterminé au titre III, livre I du Code civil » ; et lorsque la Cour de cassation se prononça le 1^{er} juillet 1867 (4) dans cette affaire, elle déclara que, puisqu'il était constaté par l'arrêt attaqué que Dave « avait le centre de ses affaires et de sa fortune dans la commune d'Apremont », la Cour de Metz n'avait pas violé l'article 105 en tirant de ces faits la preuve que Dave devait être considéré « comme un chef de famille ayant un

d'Etudes législatives, dans une de ses interventions lors de la discussion de la Question 73, à l'assemblée générale du 21 mars 1930 (Bulletin, 1930, p. 152).

(1) En ce sens J. Perroud au Clunet, 1930, p. 360 en note sous la décision du 22 mars 1929, et l'arrêtiste de la *Semaine juridique*, 1928, p. 899.

(2) 25 juin 1860, S. 1860, 2, 591.

(3) D. 1865, 2, 208 ; S. 1865, 2, 320.

(4) D. 1867, 1, 389 ; S. 1867, 1, 275.

domicile réel et fixe dans la commune ». Enfin, d'après l'avis du Ministre de l'Agriculture et de ses collègues rapporté dans l'arrêté Lugén-Pierron, « peuvent prétendre désormais à l'affouage les étrangers ayant fixé sur le territoire leur principal établissement, et pouvant prouver qu'ils sont domiciliés en France au sens de l'article 102 C. c. ». Tel semble être également l'avis de J. Perroud dans sa note sous cet arrêté au *Clunet* 1930 (p. 360).

Nous ne pensons pas que les choses soient aussi simples, et nous croyons que l'article 105 for. emploie une notion particulière du domicile sensiblement différente de celle des articles 102 à 110 du Code civil. Les lois du 21 avril 1901, 26 mars 1908 et 8 avril 1910 qui ont modifié et même transformé l'article 105 for., se sont toujours référées à un domicile « réel et fixe ». Dans son texte actuel l'alinéa 2 de cet article dit que le partage par feu se fera « par chef de famille ou de ménage ayant un domicile réel et fixe dans la commune » ; l'alinéa 3 dit que le partage pourra être fait encore moitié par chef de famille et de ménage, moitié par tête d'habitant « remplissant les mêmes conditions de domicile » ; l'alinéa 4 dit que le partage peut enfin être fait : « par tête d'habitant ayant domicile réel et fixe dans la commune » ; l'alinéa antépénultième permet aux conseils municipaux d'exiger des postulants la possession « depuis un temps qu'il déterminera mais qui n'excèdera pas six mois, un domicile réel et fixe dans la commune ».

Nous pensons que cette notion du domicile réel et fixe diffère, de par ses termes mêmes, de celle du titre III du livre I du Code civil.

N° 1. — *Les règles de dépendance.* — En effet il semble certain qu'elle exclut le domicile de dépendance des articles 106 à 110. Le chef de famille ou de ménage n'est pas forcément un majeur ni une personne du sexe masculin, l'article 105 for. le définit lui-même : « L'individu ayant réellement et effectivement la charge ou la direction d'une famille ou possédant un ménage distinct où il demeure et où il prépare et prend sa nourri-

ture » ; ce peut donc être un mineur ou une femme mariée (dans l'affaire Lugen-Pierron, c'était précisément une femme mariée) et il est certain que dans ce cas on n'aura pas égard au domicile de dépendance. Si le partage se fait par tête, on réclame également des habitants le même domicile réel et fixe ; or il y a dans la commune des mineurs, des femmes mariées, des interdits, des domestiques, ils n'auront jamais droit à l'affouage que s'ils résident vraiment dans la commune et non s'ils n'y sont rattachés que par le lien fictif d'un domicile de dépendance. Voilà donc un point par lequel le domicile d'affouage se sépare du domicile ordinaire, et c'est probablement ce que l'article 105 for. veut dire en réclamant un domicile « réel ». Quant au terme « fixe » il exclut les vagabonds généralement indésirables, aujourd'hui ici, demain ailleurs, qui ne participent pas véritablement à l'entité morale de la commune.

N^o 2. — *L'élément intentionnel.* — Nous pensons d'autre part que la notion de l'article 102 C. c., principal établissement et intention conforme, est sensiblement moins large que la notion de l'article 105 for. Cette dernière, croyons-nous, fait peu de place à l'intention ; le droit à l'affouage résulte surtout d'une situation de fait. C'est une sorte de droit réel existant, comme le dit la Cour de cassation (1), « pour l'utilité des maisons et héritages de la commune », et servant « aux intérêts de l'agriculture et à l'utilité des maisons et des terres » (2), si bien que « la jouissance en appartient à tous ceux qui possèdent, habitent ou exploitent des maisons et héritages, quelle que soit leur qualité ». Cette formule est assez vaste, elle néglige l'intention, elle néglige même le principal établissement.

N^o 3. — *Le principal établissement.* — En effet, si le fermier a généralement son principal établissement dans la commune de son exploitation, le propriétaire

(1) 11 mai 1838, S. 1838, 1, 656, aff. Belot.

(2) Cassation, 21 juin 1861, S. 1861, 1, 800, aff. Casanova.

qui vit une partie de l'année ailleurs qu'au village où il paie les taxes foncières, l'habitant qui vit dans le pays mais travaille au dehors, l'homme d'affaires qui a loué une maison de campagne dont il acquitte régulièrement les charges ont bien un domicile réel et fixe dans la commune, bien qu'ils puissent avoir ailleurs leur principal établissement (1).

Auront, à notre sentiment, le domicile réel et fixe exigé par l'article 105 for. tous ceux qui possèdent, habitent ou exploitent les maisons ou les terres formant le territoire de la commune, tous ceux également qui aident à sa prospérité en se soumettant habituellement et régulièrement aux charges, taxes et impôts, surtout aux taxes municipales et aux impôts fonciers (c'est pourquoi le partage par feu était le plus rationnel, mais notre argument vaut aussi pour le partage par tête car ce dernier n'a en vue qu'une meilleure répartition des bénéfices de l'affouage selon les charges de famille).

Enfin notons que, tandis que le domicile ordinaire s'établit instantanément avec tous ses effets (*etiam uno die constituitur*, disait d'Argentré), le domicile d'affouage peut ne produire ses effets que s'il a une durée minima, qui peut atteindre jusqu'à six mois (loi du 26 mars 1908 modifiant l'article 105 for., et destinée à préciser le caractère de « fixité » qu'on a toujours exigé de ce domicile).

On voit donc que, malgré certaines affirmations de la jurisprudence, le domicile prévu en cette matière constitue une notion particulière à laquelle ses caractères distinctifs méritent que l'on fasse une place spéciale.

(1) Il a été spécifié dans les discussions à la Société d'Etudes législatives du futur art. 102 C. c., que le domicile « port d'attache » qui sera ainsi créé, ne pourra suffire pour l'affouage, Bulletin, 1930, p. 152).

SECTION IV

Le domicile principe de compétence générale

- § 1. — Litiges entre Français et étrangers.
§ 2. — Litiges entre Français.
§ 3. — Litiges entre étrangers : peut-on rattacher la compétence générale au domicile ? Systèmes affirmatifs des auteurs ; réponse négative de la jurisprudence ; la compétence générale indirecte ; la compétence générale commerciale.

La question de la compétence des tribunaux français dans les matières de droit international privé est extrêmement compliquée, et nous ne pouvons l'exposer ici avec toute l'ampleur nécessaire.

Tout d'abord cette compétence doit être examinée d'un double point de vue : du point de vue de la compétence générale (soit directe, soit indirecte) d'une part, du point de vue de la compétence spéciale (soit *ratione materiæ*, soit *ratione personæ*) d'autre part.

Les règles françaises de compétence générale directe et de compétence générale indirecte sont, d'après M. Barin, sensiblement les mêmes. La compétence générale comprend trois hypothèses : litiges entre français (quand il y a un élément international), litiges entre Français et étrangers, litiges entre étrangers. Dans la première hypothèse, les règles suivies sont tout implicites ; dans la seconde hypothèse la solution est dominée par les articles 14 et 15 C. c. ; enfin la troisième hypothèse se heurte au principe jurisprudentiel de l'incompétence des tribunaux français pour trancher les contestations entre étrangers.

Quel est le rôle du domicile dans la théorie de la compétence générale en droit français ?

§ 1. — *Litiges entre Français et étrangers*

La compétence générale dans les litiges entre Français et étrangers ressort entièrement (sauf en matière immobilière) des articles 14 et 15 C. c. tels que la jurisprudence

les a étendus (1). Elle est alors uniquement fondée sur la qualité des personnes (2) et nullement sur le domicile ; ce dernier n'intervient qu'après coup, lorsque la compétence spéciale est en jeu, et nous nous en occuperons à ce moment.

Peut-être, cependant, qu'au point de vue de la compétence générale indirecte entre étrangers et Français ayant renoncé au bénéfice des articles 14 et 15 C. c., la règle *actor sequitur forum rei* retrouve sa valeur. En admettant que le tribunal français qui vérifie alors la compétence générale du Tribunal du pays d'origine le fasse d'après la loi française, quelle sera la notion du domicile qu'il emploiera dans ce cas ? Nous ne pouvons que poser la question sans la résoudre car la jurisprudence ne nous a pas fourni jusqu'ici les éléments nécessaires.

§ 2. — Litiges entre Français

La compétence générale de nos tribunaux dans les litiges entre Français s'est toujours imposée comme une chose évidente (l'édit de mai 1778 interdisait aux Français plaissant entre eux de s'adresser à des tribunaux étrangers). Mais la réflexion fait naître des doutes à ce sujet. « Que les tribunaux français restent compétents pour connaître des litiges qui s'élèvent entre sujets français même quand le défendeur n'est pas domicilié en France, aucun texte ne le dit, ni les articles 59 et 420 proc., ni les articles 14 et 15 C. c., et il semble bien à première vue qu'il soit plus que hardi d'écarter aussi résolument, sur le seul fondement de la nationalité française commune des parties en cause, la règle classique *actor sequitur forum rei* » (3).

Mais cette solution résulte incontestablement de la ju-

(1) C. BARTIN, *Principes*, § 135, 137, p. 330 et ss.

(2) BARTIN, *Principes*, § 126, p. 314. Cf. déjà : *Etudes sur les effets...*, p. 40, où l'auteur démontre que le système de la compétence générale a été calqué sur celui de la compétence spéciale *ratione personæ*, et qu'elle forme, selon son expression heureuse (p. 79) un véritable « doublet » de cette théorie.

(3) BARTIN, note sous Bourges, 19 janvier 1899, D. 1902, 2, 57.

risprudence, qui voit dans la nationalité des parties le principe des règles de compétence générale (1). En vertu de l'article 15 le Français peut être poursuivi en France par un Français comme il peut l'être par un étranger, et cela même s'il est domicilié à l'étranger. Dans ce dernier cas, certains arrêts (Paris, 26 juillet 1876, Douai 22 janvier 1885) avaient décidé que l'action devait être portée devant le Tribunal du dernier domicile en France du défendeur, mais l'arrêt de Bourges a déclaré que l'action pouvait être intentée devant le tribunal du domicile du demandeur par analogie de l'article 14 lui-même.

§ 3. — *Litiges entre étrangers*

En ce qui concerne enfin la compétence générale des Tribunaux français dans les litiges entre étrangers, on sait que la jurisprudence pose son incompétence en principe (2), mais que des exceptions extrêmement nombreuses au fur et à mesure des années et du développement de la vie internationale ont peu à peu réduit ce principe à une pure façade sans portée pratique appréciable. Mais il est extrêmement difficile de dégager des solutions jurisprudentielles un système cohérent et logique. Plusieurs auteurs ont cependant tenté ce travail et ont essayé précisément de cristalliser ce système autour de la notion de domicile, c'est pourquoi nous devons examiner ce point.

N° 1. — *Peut-on rattacher la compétence générale au*

(1) En ce sens les références citées par M. Martin *ead. loco* : Paris, 21 avril 1812 ; Req., 17 janvier 1837 ; Colmar, 30 avril 1863, D. 1863, 2, 72 ; S. 63, 2, 125 ; Paris, 26 juillet 1876, S. 1877, 2, 141 ; Paris, 2 août 1883, Clunet, 1884, p. 63 ; Lyon, 17 octobre 1886, Clunet, 1887, p. 146. — Comp. Saint-Nazaire, 8 mai 1890 ; Bordeaux, 7 mars 1893, Clunet, 1893, p. 525 ; Seine, 3 août 1895, Clunet, 1896, p. 145 ; Bourges, 19 janvier 1899, D. 1902, 2, 57 ; Seine, 9 février 1921, Clunet, 1921, p. 176.

(2) Le projet adopté par la Société d'Etudes Législatives (Bulletin, 1930, p. 175) prévoit que le futur article 13 du Code civil abolira ce principe. Mais nous n'osons trop l'espérer étant donné que, solennellement condamné déjà en 1890 lors du projet de révision du Code de procédure civile (art. 10), voilà plus de quarante ans qu'il se survit, et la jurisprudence semble y tenir beaucoup.

domicile ? — Système affirmatif des auteurs. — Dès 1844, Demangeat (1) voyait dans le principe d'incompétence une conséquence de la règle que l'étranger ne peut avoir de domicile en France. Foelix (2) croyait pouvoir affirmer de même : « il suffit que l'un des étrangers ait acquis un domicile en France pour que les juges français puissent être saisis des contestations élevées entre les parties ; un domicile de fait suffit (Cassation, 30 novembre 1814, S. 1815, 1, 186 ; 24 avril 1827, S. 1828, 1, 212 ; 2 avril 1883, S. 1883, 1, 415) ». En 1865, Bonfils (3) croit à la compétence obligatoire des tribunaux français lorsque l'étranger défendeur est domicilié en France, même sans autorisation, car la règle *actor sequitur forum rei* reste toujours le principe normal de compétence. Deux ans plus tard, Bertauld reproduisait cette opinion (4) ; un domicile de fait et même une résidence suffisent à ses yeux à justifier la compétence des tribunaux français à l'encontre du défendeur. Aubry et Rau (5) assignèrent également comme base au système jurisprudentiel la compétence naturelle des juges du domicile du défendeur. De Vareilles Sommières (6) fit résulter le principe d'incompétence « de ces deux idées fausses, à savoir : que l'étranger ordinaire ne peut avoir de domicile en France, et qu'un domicile une fois acquis ne se perd que par l'acquisition d'un autre domicile ». C'est à une conclusion analogue que parvient M. Bartin dans sa note sous Bourges, 19 janvier 1899 (7) : « En définitive, les tribunaux français, dans l'immense majorité des cas se trouvent compétents pour connaître des litiges entre étrangers, et ne restent réellement incompétents qu'autant que, en l'absence d'un principe reconnu de compétence, le défendeur n'est pas domicilié en France, ou plus exactement se trouve positivement domicilié à l'étranger ».

(1) *Condition civile des étrangers*, p. 388.

(2) Ed. DEMANGEAT, I, § 146, p. 306.

(3) § 186 et ss.

(4) § 177 et ss.

(5) VII, p. 143, note 33.

(6) I, p. 399.

(7) D. 1902, 2, 57. M. Bartin a repris ce système dans ses *Principes*, 1, § 150, p. 368.

Enfin M. Niboyet dans sa note sous Cassation, 10 novembre 1920 (1) présenta plus nettement que jamais la synthèse du système jurisprudentiel autour du domicile. La règle « *actor sequitur forum rei* » suffit, pour lui, à expliquer toutes les solutions de nos tribunaux. Celles-ci se ramènent en effet à deux points : 1^o incompétence des tribunaux français à l'égard des étrangers domiciliés à l'étranger ; 2^o compétence dans tous les autres cas, lorsque le domicile de fait est en France, ou lorsque la compétence est indépendante du domicile. Par conséquent on peut très légitimement et pour plus de simplicité et de logique, renverser le principe traditionnel et dire que les tribunaux sont normalement compétents à l'égard des étrangers comme des nationaux lorsque le défendeur possède en France son domicile effectif ou lorsque la compétence est indépendante du domicile du défendeur.

N^o 2. — *Réponse négative de la jurisprudence.* — Que l'explication que M. Niboyet et M. Martin donnent des solutions de la jurisprudence soit infiniment plus satisfaisante pour l'esprit que le système complexe et illogique dont les arrêts se font l'écho, ce n'est absolument pas douteux (2). Toutefois, il est également certain que les tribunaux se sont toujours refusés à faire appel à cette justification. Si, pour le moment, l'explication de ces auteurs et celle de la jurisprudence aboutissent aux mêmes résultats, peut-être n'y a-t-il là qu'une coïncidence passagère ou apparente, et il nous paraît peu probable qu'en partant de principes différents on puisse toujours parvenir à des conséquences identiques. Malgré les sollicitations des auteurs, qui remontent, nous l'avons vu, à une époque très éloignée, tous les arrêts ont constamment reproduit le principe d'incompétence comme un dogme essentiel ; il se trouve énoncé dans les décisions les plus récentes (3). Une seule considération fait fléchir la jurisprudence, c'est celle de déni de justice ; elle n'admet pas

(1) S. 1923, 1, 129.

(2) Cf. une analyse détaillée de ce système, WEISS, V, p. 314-375.

(3) Cassation, 10 novembre 1920, S. 1923, 1, 129, Clunet, 1923, p. 71 ; Cassation, 30 avril 1927 ; 29 juillet 1929, Clunet, 1930, p. 643.

que l'exception d'incompétence soit, pour le défendeur, un moyen de se soustraire à toute poursuite, de « réduire son adversaire à l'impossible ».

Il est intéressant de constater que cette explication est la seule qui soit donnée par les arrêts même postérieurement à la note de M. Niboyet ; ainsi jugea la Cour de Paris le 30 avril 1926 (1), où la Cour étendit encore cependant l'exception au principe d'incompétence en décidant qu'il suffit que le déni de justice soit établi au jour de la demande et qu'il importe peu qu'il ait disparu au jour du jugement ; de même la Cour de Cassation décida le 30 avril 1927 (2) « qu'à la vérité il est fait exception à cette règle lorsqu'il est établi qu'aucun autre tribunal que le tribunal français ne pouvait connaître du litige, de telle sorte qu'une déclaration d'incompétence enlèverait à l'étranger tout moyen d'obtenir justice », mais si le juge d'appel constate « qu'au moment où il statue sur sa propre compétence, l'accès d'un prétoire étranger compétent est ouvert au demandeur », alors l'incompétence des tribunaux français s'impose. De même un jugement du tribunal de la Seine du 12 juillet 1928 (3) réclame du défendeur la preuve qu'il existe à l'étranger non seulement un domicile réel, mais encore un « tribunal compétent ».

La jurisprudence refuse absolument de faire sienne l'explication qu'on lui propose de ses propres solutions. Elle ne suit pas sur ce point la règle *actor sequitur forum rei* ; si un tribunal compétent existe à l'étranger, il importe peu que le défendeur ait son domicile en France ; ce n'est pas un domicile à l'étranger qu'il doit prouver (comme certains arrêts l'ont estimé à tort), c'est simplement une juridiction compétente, et le domicile peut n'avoir rien à faire en la cause ; cela dépend entièrement de la loi étrangère qui seule peut déterminer la compétence de ses propres tribunaux, et qui pourra régler la compétence *sur d'autres considérations que le domicile*.

(1) S. 1926, 2, 89, note Niboyet ; D. 1927, 2, 1, note Savatier, aff. Chiger.

(2) S. 1927, 1, 208.

(3) Clunet, 1929, p. 73.

Par conséquent, il nous semble que le domicile n'est pas, en droit français, un principe de compétence générale. Il n'intervient que plus tard, au moment de fixer la compétence spéciale. Et si nos tribunaux, lorsqu'ils se prononcent sur leur compétence, remarquent fréquemment que l'étranger défendeur est domicilié quelque part en France, c'est afin de justifier leur compétence spéciale et la confusion vient seulement de ce qu'ils ne distinguent habituellement pas entre les deux ordres de compétence.

Aussi ne pouvons-nous étudier quel est le domicile qui détermine la compétence générale. Tout au plus aurait-on pu autrefois attribuer cet effet au domicile autorisé, car il faisait acquérir la jouissance des droits civils, et, d'après la jurisprudence, c'est bien un pur droit civil que celui d'ester en justice.

N° 3. — *Compétence générale indirecte.* — Cependant on sait que le principe de l'incompétence n'existe que pour la compétence générale directe ; nos tribunaux acceptent d'accorder l'*exequatur* aux décisions étrangères rendues entre étrangers (1) et ils vérifient alors la compétence générale du tribunal d'origine. S'ils font cette vérification d'après le système français de compétence juridictionnelle générale, auront-ils à se préoccuper du domicile, et quelle sera la notion du domicile qu'ils emploieront (2) ? Là encore, la question n'a jamais reçu de solution suffisamment nette pour que nous puissions présenter un exposé de la jurisprudence française sur ce point.

N° 4. — *Compétence générale commerciale.* — D'autre part le principe d'incompétence n'existe que dans les contestations civiles ; dans les contestations commerciales, nos tribunaux se reconnaissent compétents généralement à

(1) Cassation, 10 mars 1863 (S. 1863, I, 293) cassant un arrêt de Paris du 15 juin 1861 (S. 1861, 2, 455).

(2) M. BARTIN (*Principes*, I, § 128, p. 318) pense que dans les litiges entre étrangers, les systèmes français de compétence juridictionnelle générale directe et de compétence juridictionnelle générale indirecte ne sont pas identiques.

l'égard des étrangers comme des Français. Cette solution formellement établie par l'ordonnance de mars 1673 sur le Commerce, livre XII, article 17, a toujours été conservée depuis. Mais cette compétence générale en matière commerciale ne repose pas non plus sur le domicile ; la jurisprudence accepte parfaitement de statuer entre étrangers en matière commerciale alors même que le défendeur n'a en France ni domicile ni résidence ; elle assimile simplement les étrangers aux nationaux, le reste est du domaine de la compétence spéciale et le tribunal s'estimera compétent si ces règles peuvent recevoir satisfaction.

Le cas le plus fréquent sera celui de l'article 420 proc. 2^o et 3^o, où précisément l'étranger défendeur est cité hors du for de son domicile. Nous voyons dans cet article 420 proc. un texte de compétence spéciale ; il détermine en effet quel est le tribunal français compétent dans un litige commercial et n'a pas pour mission de désigner un tribunal étranger compétent éventuellement ; la règle de compétence générale en cette matière, ce n'est pas l'article 420, c'est un principe coutumier et tacite qui pourrait s'exprimer ainsi : « Les tribunaux français sont compétents pour connaître des contestations commerciales qui s'agissent entre Français, entre Français et étrangers et entre étrangers ». L'article 420 proc. joue ensuite (1).

SECTION V

Le domicile principe de compétence spéciale, personnelle et mobilière

§ 1. — Domicile du Français défendeur.

§ 2. — Domicile de l'étranger défendeur : éléments retenus par la jurisprudence. Exposé de quelques cas limites.

Lorsqu'il est établi que les tribunaux français sont compétents généralement pour connaître d'un litige de droit international, il faut encore déterminer quel est, de

(1) M. Martin pense que l'article 420 Proc. est, d'après l'interprétation de la jurisprudence, un texte de compétence générale (*Principes*, I, p. 313).

tous les tribunaux français, celui devant lequel l'action doit être portée. Or il est admis que les règles de compétence spéciale établies en droit interne s'appliquent normalement en droit international privé.

Pour les règles de compétence *ratione materiæ*, il n'y a pas de difficultés ; pour les règles de compétence *ratione personæ* il peut s'en présenter quelques-unes. Si la compétence est indépendante du domicile (art. 420 proc.) peu importe que le défendeur soit Français ou étranger, mais la règle *actor sequitur forum rei* forme le droit commun en matière de compétence spéciale et, sauf certaines hypothèses exceptionnelles, c'est devant le tribunal du domicile du défendeur que l'action personnelle et mobilière devra s'intenter.

§ 1. — Domicile du Français défendeur

Si le défendeur est Français, son domicile sera déterminé d'après le droit interne et cette détermination ne donnera pas lieu à des difficultés différentes de celles qu'elle peut susciter dans ce cas. Nous pensons donc que la notion de domicile que nos tribunaux emploieront dans cette hypothèse sera identique à celle qu'ils emploient en droit interne. Or, en droit interne, d'après les termes mêmes de l'article 59 proc., à défaut d'un domicile caractérisé, la résidence en tiendra lieu.

Mais si le Français défendeur n'a ni domicile ni résidence en France, et puisqu'il est établi qu'il faut cependant un tribunal français compétent, la jurisprudence admet que l'action doit être portée devant le tribunal du dernier domicile en France (1), le tribunal français le plus près de la résidence étrangère (2), ou même devant le tribunal du domicile du demandeur (3). Dans

(1) Paris, 26 juillet 1876, S. 1877, 2, 141, Clunet, 1877, p. 226 ; Douai, 22 janvier 1885.

(2) Colmar, 30 avril 1863, D. 1863, 2, 172 ; S. 1863, 2, 125.

(3) Bourges, 19 janvier 1899, D. 1902, 2, 57. Le principe qu'un Français demandeur (en particulier contre un étranger) peut porter son action devant son propre tribunal, remonte à l'ancien droit. Cf. DENISART, V^e *Etranger*, tome VIII, p. 85.

ce cas la notion française du domicile sera encore identique à celle du droit interne en cette matière.

§ 2. — *Domicile de l'étranger défendeur*

Si le défendeur est un étranger, à quelles conditions cet étranger pourra-t-il être considéré comme domicilié en France ? Quelle sera la notion française du domicile dans ce cas ?

Lorsque nous avons examiné la question générale de la possibilité d'un domicile en France pour les étrangers, nous avons trouvé dans de nombreux arrêts l'affirmation que les étrangers pouvaient avoir en France un domicile suffisant pour déterminer la compétence personnelle mobilière : « aucune loi ne s'oppose à ce que l'étranger fixé en France sans avoir obtenu l'autorisation du Gouvernement y acquière et conserve un domicile de fait qui entraîne certaines conséquences telles que de le soumettre à la juridiction des tribunaux français ». Avant la loi de 1927, le domicile requis était donc un domicile de fait et non un domicile autorisé.

N° 1. — *Éléments retenus par la jurisprudence.* — Quels sont les éléments de ce domicile ? La Cour de Trèves, le 18 mars 1807 (1), avait été particulièrement large en décidant que l'individu « inscrit sur le tableau des habitants d'une commune française et qui a son domicile réel dans l'étendue de cette commune est par cela seul justiciable des tribunaux français ». Nous avons déjà signalé le jugement du tribunal de Corbeil confirmé par la Cour de Paris le 9 mai 1835 (2) ; ces deux décisions apportent des précisions intéressantes sur les éléments du domicile de fait et de la résidence ; en effet le Tribunal de Corbeil s'était estimé compétent parce que c'était dans son ressort que se trouvaient les propriétés, les meubles et l'habitation des époux Boode ; la Cour réforma par ce motif : « que la résidence de l'étranger n'est pas nécessairement au lieu où sont situées ses principales propriétés,

(1) S. Chron.

(2) S. 1835, 2, 278.

mais au lieu où il réside de fait ». Il ne semble pas que cette jurisprudence ait persisté et, lorsque l'étranger est attaché à un point du territoire par un lien plus important que la simple présence matérielle, c'est là de préférence que l'action doit être portée.

Du reste, un arrêt de la Cour de Pau du 3 décembre 1836 (1) déclara dans ses motifs « que les étrangers qui se trouvaient en France pourraient demander le renvoi devant les tribunaux de leur nation, suivant la maxime *actor sequitur forum rei* puisqu'ils n'ont en France ni domicile ni résidence, mais qu'il n'en peut être de même de ceux qui, comme le défendeur, résident depuis longtemps à Bayonne et y ont un établissement ». Dans cette affaire, d'ailleurs, la Cour de Pau a vu dans cette résidence un domicile suffisant pour repousser l'exception d'incompétence élevée par le défendeur *in limine litis*, ce qui est contraire à une jurisprudence bien établie, mais fut cependant suivi par la Cour de Caen dans un arrêt rendu le 5 janvier 1846 (2). Dans cette espèce la Cour de Caen constata que le défendeur « demeure depuis plus de vingt ans à Caen, qu'il y a sa famille et son principal établissement ».

Citons encore parmi les attendus jurisprudentiels caractérisant le domicile nécessaire et suffisant pour justifier la compétence personnelle et mobilière :

« Considérant qu'il est constant en fait que Moser réside en France depuis longtemps, qu'il y a son principal établissement (3) ».

Attendu que Rachel a à Lyon son domicile proprement dit, c'est-à-dire le centre, non seulement principal, mais unique de ses affaires » (4).

« Attendu que depuis un grand nombre d'années Brocchieri habite la France et y a un établissement commercial » (5).

(1) S. 1836, 2, 363.

(2) D. 1846⁹, 2, 169 ; S. 1847, 2, 458, aff. Wheatley c. Mudie.

(3) Paris, 16 décembre 1850, sous Cassation, 8 avril 1851, D. 1851, 1, 137 ; S. 1851, 1, 335.

(4) Tribunal de Lyon, sous Cassation, 18 mars 1858, D. 1858, 1, 313, sous Lyon, 25 février 1857, S. 1857, 2, 425.

(5) Paris, 17 avril 1852, D. 1854, 5, 325.

« Considérant qu'Oppenheim a du moins en France son domicile de fait ; qu'il réside à Paris depuis plusieurs années et y possède son principal établissement » (1).

« Considérant qu'il est inexact de la part de Crauzaz de soutenir qu'il n'est pas domicilié en France, que Crauzaz a exercé en France les fonctions de sous-chef d'une grande compagnie française (P.-L.-M.), qu'il s'est marié en France à une Française.... » (2).

« Considérant que l'article 59 proc. est applicable à l'étranger lorsqu'il réside en France d'une manière permanente depuis plusieurs années, lorsqu'il s'y livre à des opérations de commerce, lorsqu'il y a le centre de ses affaires et de son établissement personnel ; que tel est le cas de Betschart, que par suite la résidence qu'il a établie dans ces conditions à Provins équivaut à un domicile où il peut être valablement assigné » (3).

« Attendu qu'il apparaît des circonstances de la cause que les époux Cavadia sont fixés en France depuis l'année 1909, et leur établissement a eu et y a encore un caractère permanent qui constitue bien un domicile ; qu'ils doivent d'autant plus être considérés comme domiciliés en France, qu'il semble certain que Cavadia a vendu la maison dont il était propriétaire à Braila pour ne plus conserver en Roumanie qu'une résidence d'été » (4).

« Attendu que l'arrêt attaqué constate que Slater réside depuis plus de dix-huit ans en France, et depuis 1912 à Paris où il a loué un appartement qu'il habite avenue d'Iéna ; qu'il a fait le 29 juillet 1912 à la Préfecture de Police sa déclaration de résidence ; que par le fait de cette habitation réelle à Paris jointe à son intention dont la preuve résulte des documents produits, il a fixé son principal établissement dans le ressort du tribunal » (5).

« Attendu qu'il appert des documents soumis que le seul domicile de Sciaky est en France où il a son prin-

(1) Paris, 21 mai 1885, D. 1886, 2, 14.

(2) Paris, 29 mars 1898, D. 1898, 2, 269 ; S. 1898, 2, 240, Clunet, 1898, p. 1060.

(3) Paris, 26 mai 1905, S. 1917, 2, 209.

(4) Seine, 14 février 1919, Clunet, 1919, p. 1061.

(5) Cassation, 10 novembre 1920, Clunet, 1923, p. 71, S. 1923, 1, 192.

principal établissement personnel ; que son domicile, 29, rue de Trévis, à Paris, est établi non seulement par son acte de mariage et par l'acte de notoriété qui a été établi en vue dudit mariage, mais encore par la publication aux Petites Affiches d'un acte de société entre lui et ses frères, où il est indiqué comme domicilié, 7, rue Lentonnet, et comme transférant le siège de la société, 29, rue de Trévis » (1).

« Attendu que Chiger s'est établi en France depuis de longues années, qu'il s'y est marié et qu'il n'a jamais quitté le territoire français » (2).

On voit que la notion du domicile usitée par nos tribunaux dans le cas qui nous occupe semble être assez large ; la loi elle-même d'ailleurs lui assimile la résidence, et les arrêts emploient indifféremment les termes « domicile de fait » et « résidence ». Cette notion n'est donc pas aussi rigoureuse que celle de l'article 102 C. c. ; il n'est pas nécessaire que l'établissement soit principal, il n'est pas nécessaire qu'il soit intentionnel, il suffit d'un établissement quelconque, d'une résidence habituelle (3).

Faut-il étendre encore ces limites, permettre d'assigner au lieu de la simple présence matérielle, dans une résidence instable ? La Cour de Paris avait semblé l'admettre le 9 mai 1835, mais elle ne fut généralement pas

(1) Paris, 29 décembre 1925, Clunet, 1926, p. 937.

(2) Paris, 30 avril 1926, S. 1926, 2, 89 ; D. 1927, 2, 1.

(3) On pourrait nous reprocher, et cette observation est valable pour ce chapitre tout entier, de confondre les notions de domicile et de résidence (SAVATIER, au tome I^{er}, p. 156, de PLANIOL et RIPERT, cherche en vain à les différencier). Nous répondons qu'il est impossible de les séparer en notre matière. Leur différence théorique repose en effet sur deux points : La résidence n'a pas d'effets légaux, et la résidence peut être multiple. Or, dans les matières que nous étudions, la résidence a exactement les mêmes effets que le domicile et elle reste unique dans la même mesure que le domicile lui-même. Toute cloison entre ces deux notions est donc abattue. On ne peut nous reprocher de glisser spécieusement de l'une à l'autre, nous ne faisons que suivre les dégradations successives du domicile pour résoudre le problème auquel nous nous sommes attaché. Brocher a d'ailleurs fait remarquer très justement (III, p. 67) : « Il ne faut d'ailleurs pas oublier qu'il y a quelque chose de relatif dans le sens des mots « domicile » et « résidence »..., tels rapports peuvent constituer ou ne pas constituer un domicile, suivant qu'il en existe ou n'en existe pas d'autres présentant des traits plus caractéristiques ».

suivie. Quelques espèces caractéristiques montreront d'ailleurs la limite extrême à laquelle nos tribunaux consentent à reconnaître un domicile suffisant pour la compétence spéciale personnelle et mobilière.

N^o 2. — *Exposé de quelques cas limites.* — A propos du domicile des personnes morales, la Cour d'Aix avait jugé le 16 janvier 1883 que « dans le vrai sens du terme employé par l'article 59 proc. la résidence n'est qu'une fiction de fait, n'ayant ni la fixité, ni la durée, ni l'importance nécessaires pour constituer un domicile, ce qui implique que, pour un être moral, il ne peut pas y avoir, à proprement parler, de résidence distincte du domicile ». La Cour de cassation, le 4 mars 1885 (1), cassa cet arrêt : « Attendu que l'arrêt attaqué, au lieu d'examiner si cette agence présentait les caractères d'une résidence légale, a rejeté l'exception d'incompétence invoquée par la banque, en se fondant uniquement sur ce que, en principe de droit, pour un être moral, notamment pour une société, il ne peut y avoir à proprement parler, de résidence distincte du domicile, en quoi l'arrêt attaqué a violé l'article 59 proc. ». Ainsi que le fait remarquer l'arrêtiste, une Société étrangère peut donc être assignée là où elle a une succursale, une agence, là où siègent les représentants légaux de ses intérêts collectifs, là en un mot où elle fonctionne comme Société et manifeste sa personnalité (2).

L'arrêt de Paris du 7 avril 1897 (3) fixe d'ailleurs les limites de la succursale : « Attendu que Tapenard prétend donc vainement aujourd'hui qu'au moment où il a assigné l'Institut Pictet devant le Tribunal de commerce de la Seine, l'Institut avait une résidence à Paris, puisque l'Institut n'y a jamais eu ni direction ni bureau, ni délégué autrement que pour des opérations spéciales

(1) D. 1885, 1, 353, S. 1885, 1, 169.

(2) Chose remarquable, on peut d'ailleurs assigner la Société étrangère devant le tribunal de sa résidence, même pour les contestations nées du fonctionnement de l'organisme central ou d'une autre succursale située en pays étranger, du moins si c'est un Français qui agit en vertu de l'article 14 (arrêt précité et note).

(3) S. 1898, 2, 190.

d'acquisition, et constructions restées en suspens, et qui n'ont pas abouti, que Tapenard soutient vainement encore que l'Institut avait à Paris un établissement commercial, puisque l'Institut n'y a jamais eu d'exploitation commerciale, qu'on ne peut relever de sa part aucun acte de commerce, et surabondamment qu'il n'a jamais figuré comme Société de commerce sur la feuille des patentes ».

De même un autre arrêt de Paris du 15 novembre 1906 (1) a statué ainsi en matière de Société : « Attendu qu'au surplus ni la demoiselle Stéphanie, ni la Société de la Revue Maurice n'ont de domicile, ni d'établissement commercial en France, que l'appartement loué à la veuve Alexandre, situé au quatrième étage du boulevard Montparnasse, n° 58, où il est possible à certaines heures de s'abonner à la Revue Maurice, ne saurait présenter le caractère d'une résidence légale, d'un établissement commercial ».

La Cour de cassation décida le 15 juin 1909 (2) que « la société étrangère qui a ses bureaux et une partie de son administration en France, peut, comme possédant en France un domicile de fait suffisamment caractérisé, être assignée devant les juges français ».

En ce qui concerne les personnes physiques, la Cour de cassation déclara le 4 mars 1924 (3) : « Qu'on ne peut considérer, comme une véritable résidence en France, un petit logement meublé, composé de deux pièces seulement, et impropre à un séjour de quelque durée, qui n'a été loué par le défendeur qu'en vue du procès qu'il prévoyait, et afin d'échapper à la compétence du tribunal du domicile du demandeur ».

Nous avons trouvé trace d'une décision assez curieuse du tribunal de la Seine, rendue en mai 1930 (4). Dans un procès de divorce entre Américains, la femme prétendait que ni son mari ni elle-même n'avaient eu de domicile en France, car ils n'avaient fait qu'habiter une pé-

(1) Clunet, 1907, p. 358.

(2) S. 1911, 1, 81.

(3) D. 1925, 1, 101, Revue 1924, p. 276 et 562.

(4) *Le Matin*, 23 mai 1930.

niche, qui fut amarrée quelque temps à Paris, quai de la Jatte. Il paraît que le tribunal aurait cependant décidé que cela constituait bien un domicile suffisant, au sens juridique du mot.

Le 30 novembre 1930 la Cour de Rouen (1) jugea « qu'il est de principe que le domicile, et en tout cas la résidence de fait d'un capitaine de navire se trouve à bord de son navire pour tout ce qui concerne l'expédition ; qu'il s'ensuit que Peterson, sujet étranger, a été valablement assigné à comparaître devant le tribunal de commerce de Dieppe, alors que l'exploit d'ajournement lui a été délivré à bord de son navire, et dans le port même de cette ville » (2).

Si, appliquant la notion que nous venons d'élucider de notre mieux, le tribunal arrive à cette conclusion qu'un étranger n'a en France ni domicile ni résidence, l'action devra s'intenter devant le tribunal du domicile ou de la résidence du demandeur. Celui-ci étant alors un Français (ou autrefois un étranger autorisé à domicile), il n'y aura de difficulté que si ce demandeur qui prétend user de l'article 14 C. c. n'a pas lui-même de domicile en France. Rien n'interdit en effet aux Français domiciliés à l'étranger d'assigner devant les tribunaux français un étranger domicilié à l'étranger. Toutefois, nous ne voyons pas très bien comment la question de compétence spéciale sera résolue, et il faut qu'elle le soit pour ne pas mettre en échec la compétence générale.

En matière de compétence personnelle ou mobilière, la notion française du domicile devient donc une notion de pur fait, elle ne se différencie plus pratiquement de la résidence.

(1) *Gaz. Pal.*, 1^{er} et 2 février 1931.

(2) Le tribunal d'Amsterdam le 28 avril 1893, *Clunet*, 1894, p. 184, avait jugé dans le même sens, mais en Belgique ; le tribunal d'Anvers, le 27 novembre 1894, *Clunet*, 1896, p. 200, avait tranché la même question en sens inverse.

SECTION VI

Le domicile en matière de faillite

- § 1. — Rôle du domicile : unité ou pluralité de la faillite : doctrine et jurisprudence.
 § 2. — Examen de la jurisprudence sur le domicile : affaire Castrique et autres.
 § 3. — Analyse de la notion de domicile en matière de faillite (compétence générale, compétence spéciale, loi applicable).

§ 1. — *Rôle du domicile. Unité ou pluralité de la faillite*

Les articles 438 Com. et 59, 7^o Proc. prévoient que la faillite s'ouvre au domicile du failli. Cette solution subsiste-t-elle en droit international privé ? Nous ne pouvons ici qu'esquisser quelques traits d'une question aussi importante, qui touche au principe même de l'unité ou de la pluralité de la faillite.

N^o 1. — *La doctrine.* — La majeure partie de la doctrine considère que la faillite doit être déclarée et réglée au domicile du failli, et que ses effets s'étendent ensuite dans tous les pays où le failli possède des intérêts. La loi du domicile et le tribunal du domicile auraient donc ainsi une compétence universelle (1). Ce système s'inspire surtout de considérations théoriques, car il semble bien que les avantages pratiques qu'il invoque soient purement illusoires. Il a été adopté dans certaines législations étrangères (2) et par plusieurs conventions internationales où la France est partie (3).

Mais un grand nombre d'auteurs, en particulier les commercialistes, admettent au contraire que l'on peut déclarer en France la faillite d'un commerçant étranger,

(1) CARLE et DUBOIS, n^o 23, p. 14 ; WEISS, V, p. 764 et ss. ; TRAVERS - SURVILLE et ARTHUYS, n^o 515 ; DESPAGNET-LE-BOECK, n^o 625 ; JITTA, p. 295 ; DIENA ; GERBAUT, § 344 et ss., p. 438 et ss. ; BONNECASE, Clunet, 1912, p. 756 et 1074.

(2) Italie, Roumanie, Autriche, § 300 de l'ancien C. c. ; Haute-Cour d'Angleterre, 13 février 1911, Clunet, 1912, p. 885.

(3) Traité franco-suisse du 15 juin 1869, traité franco-belge du 8 juillet 1899, projet franco-italien, articles 20 et ss.

même si son domicile est notoirement hors de France, même s'il a déjà été déclaré en faillite à l'étranger (1). Parmi les arguments fournis dans ce dernier sens, Pillet en cite un qui nous intéresse particulièrement : « Dans un procès devant la Cour de Rouen, l'avocat général Hémar (2) a prévu le cas, qui est après tout à prévoir, où un doute règnerait sur la notion du domicile et où deux juridictions s'empareraient d'une même faillite, prétendant l'une et l'autre que le failli est domicilié dans leur circonscription. Dans ce cas, un conflit insoluble s'élève et l'on ne voit pas quel remède pourrait y être apporté (3) ».

N° 2. — *La jurisprudence.* — La jurisprudence a très nettement adopté le système de la pluralité des faillites. Cependant, comme le principe de la compétence du tribunal du domicile est resté à la base des solutions qu'elle a données, il nous faut examiner la notion de domicile qu'elle emploie ici, et l'extension qu'elle lui donne.

D'une façon générale, nos tribunaux acceptent de prononcer la faillite non seulement des étrangers admis à domicile, ou de ceux qui ont en France un domicile de fait, mais encore de ceux qui n'ont en France qu'une succursale d'un établissement principal situé à l'étranger, et même de ceux qui, sans résidence habituelle en France, y font cependant des actes de commerce. On se demande même si, en vertu de l'article 14 C. c., on ne peut pas assigner un étranger en déclaration de faillite devant un tribunal français pour des obligations commerciales contractées à l'étranger.

A l'appui de ce système la jurisprudence apporte trois arguments (4). L'un est tiré des travaux préparatoires de la loi de 1889. M. Laroze, rapporteur de cette loi à la Chambre, aurait répondu en ces termes à M. Saint-

(1) PIC, D. 1914, 1, 185 ; PILLET, *Principes*, n° 306, et *Traité*, 2, 772, p. 871 ; THALLER, n° 1257 ; DE VAREILLES-SOMMIÈRES, I, p. 265 ; LYON-CAEN et RENAULT, VIII, 1238 ; VALÉRY, n° 935.

(2) S. 1879, 2, 164.

(3) C'est un problème dont il faut chercher la solution dans notre première partie.

(4) Cf. PIC, D. 1897, 2, 497.

Martin dont l'amendement tendait à déclarer la faillite applicable aux commerçants étrangers non domiciliés : « L'étranger autorisé ou non à établir son domicile en France, se soumet à la faillite dans les formes légales s'il vient dans notre pays exercer le commerce. Rien de plus équitable puisqu'il profite de la loi sur le sol français. La règle est générale et il n'est pas à notre connaissance qu'elle ait été sérieusement contestée, il est donc inutile de la faire figurer dans la loi ». On voit quelle conception, extrêmement large, du domicile va pouvoir autoriser ce passage des travaux préparatoires.

Les deux autres arguments sont tirés l'un de l'article 14 C. c., l'autre de l'article 3-1^o C. c. qui soumet les étrangers aux lois de police et de sûreté ; mais ce dernier ne peut s'appliquer qu'aux étrangers résidant en France, et cette assimilation de la faillite à la banqueroute paraît bien outrée ; quant à l'article 14 l'exercice n'en est ouvert qu'aux créanciers français, et d'autre part encore faut-il que ces derniers n'aient pas, en produisant à une faillite étrangère, renoncé tacitement au bénéfice qu'il leur accorde.

§ 2. — *Examen de la jurisprudence sur le domicile*

Le 23 décembre 1847 (1) la Cour de Paris confirmait la faillite de la succursale en France d'une Société étrangère, car elle considéra que la filiale ne faisait qu'une seule et même maison avec la maison mère, c'est donc la maison mère dont elle prononça la faillite, laissant aux créanciers le soin de faire exécuter en Espagne la décision ainsi obtenue.

N^o 1. — *Affaire Castrique*. — Le 22 janvier 1857, devant la Cour de Paris (2), un sieur Castrique, créancier, prétendit s'opposer à la mise en faillite en France de son débiteur, la Société Gandell frères, non autorisée à domicile en France. La faillite, soutenait-il en substance, est

(1) S. 1848, 2, 355.

(2) D. 1857, 2, 135.

une faveur ; celui qui a déposé son bilan échappe (on était avant la loi de 1867) à la prison pour dettes. « N'est pas failli qui veut ». C'est un droit civil réservé aux seuls Français et aux étrangers admis à domicile. La preuve en est que les étrangers ne peuvent invoquer le bénéfice de la cession de biens (art. 905 proc.) : par le moyen de la faillite, le débiteur étranger peut faire concourir d'autres étrangers au partage d'un actif sur lequel les créanciers français ont dû compter et qu'ils ont dû considérer comme un gage d'autant plus assuré qu'il leur était garanti par la contrainte par corps. L'état de faillite dépouille tous les créanciers du droit d'action individuelle, il peut aboutir à un concordat dont les créanciers étrangers seront à peu près les arbitres et affranchir ainsi à des conditions dérisoires un débiteur étranger de ses engagements envers des Français (ce qui était le cas en l'espèce).

Le tribunal de commerce de la Seine, le 23 avril 1856, passa outre à cette argumentation qui n'était pas sans valeur : « Attendu qu'aux termes de l'article 257 Com. tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite ; que le législateur n'a pas eu à distinguer entre les régnicoles et les étrangers alors qu'il s'agissait de sauvegarder par la proclamation de l'état de cessation de paiements, les intérêts des créanciers ». Le tribunal adopta d'ailleurs cette solution d'autant plus allègrement que la Chambre des Requêtes avait connu de l'affaire en règlement de juges et avait donné compétence au tribunal de la Seine de préférence à celui de Béziers.

La Cour de Paris, nous l'avons dit, confirma le jugement le 22 janvier 1857. Castrique forma un pourvoi contre cet arrêt, insistant sur le fait que, de la double incapacité qui frappe le failli, l'incapacité politique n'atteint pas l'étranger, et l'incapacité civile est elle-même moins efficace puisqu'il a toujours la ressource de rentrer dans son pays. La considération que le commerce appartient au *jus gentium*, ne prouve rien, car le commerce ne suppose pas nécessairement la faillite : il a existé sans elle, il vivrait encore si on la supprimait.

La Cour de cassation, le 24 novembre 1857 (1), rejeta le pourvoi en ces termes : « Attendu que la généralité des termes de l'article 437 Com. rend la déclaration de faillite applicable aux étrangers comme aux Français et que les dispositions de la loi du 17 avril 1832 n'ont rien d'incompatible avec la mise des étrangers en état de faillite ; Attendu que l'état de faillite, loin d'être le résultat de l'exercice d'un droit civil soumis à la réciprocité exigée par l'article 11 C. c., n'est que la conséquence du fait de cessation de paiements, fait dont la constatation judiciaire est ordonnée dans un intérêt d'ordre public ; Attendu que la loi qui impose principalement au commerçant failli... certaines obligations a ainsi les caractères d'une loi de police, obligeant tous ceux qui habitent le territoire français » (2).

N° 2. — *Affaires diverses.* — Cette solution éclatante n'a jamais été contredite. La Cour de Paris, le 22 février 1861 (3), se contenta d'un domicile de fait ; la Cour de cassation, le 19 mars 1872 (4), confirma implicitement son système antérieur en admettant que le tribunal de commerce de Honfleur avait pu prononcer la faillite du sieur Lethbridge, sujet anglais, faisant le commerce à Honfleur où il n'avait qu'un domicile de fait. On sait que c'est même à ce propos que la Cour suprême affirma qu'un tel domicile n'était pas dépourvu d'effets.

Le 20 mai 1878 (5) la Cour de Paris déclara que la loi sur les faillites était d'ordre public, et que la déclaration de la faillite d'un étranger pouvait être provoquée même par un autre étranger.

Le 4 février 1885 (6) la Cour de cassation affirmait à

(1) D. 1858, 1, 85 ; S. 1858, 1, 65.

(2) Cependant on maintint autrefois une différence entre le Français et l'étranger. L'étranger failli déclaré excusable, n'était pas soustrait à la contrainte par corps, comme l'était le Français dans les mêmes conditions : Seine, 7 septembre 1865 (D. 1866, 3, 80, aff. Mayer-Cerf) ; Paris, 22 février 1861 (D. 1861, 2, 77).

(3) D. 1861, 2, 77.

(4) D. 1874, 1, 465, aff. La Caroline.

(5) S. 1880, 2, 193.

(6) D. 1885, 1, 159 ; S. 1886, 1, 200, Clunet, 1886, p. 83.

nouveau, expressément cette fois : « Attendu que les tribunaux français peuvent connaître des demandes en déclaration de faillite formées contre des étrangers alors surtout que ceux-ci ont leur domicile en France ; que l'arrêt attaqué constate que Spick a son *seul établissement* en France, qu'ainsi le tribunal de Rocroi était compétent pour statuer sur l'action intentée par Lumsden ».

Le 10 novembre 1886, la Cour de Paris (1) jugea d'autre part que la faillite d'un étranger dans son pays d'origine, déclarée par une décision non rendue exécutoire en France, n'empêche pas les tribunaux français de déclarer de nouveau la faillite de cet étranger s'il a *exercé le commerce en France*.

La même Cour, le 23 novembre 1895 (2), décida que l'existence à l'étranger du véritable domicile de la Société débitrice ne faisait pas obstacle à ce que la faillite soit déclarée au lieu de la résidence de sa succursale en France : « L'article 438 Com. étant inapplicable aux Sociétés étrangères ayant plusieurs établissements dont les uns sont situés en France et les autres dans des pays différents » (3).

La Cour suprême consacra ce point de vue le 5 juillet 1897 (4).

Cependant que faut-il décider s'il y a en France plusieurs succursales de la même Société ? La Chambre des Requêtes, réglant de juges, eut à résoudre ce problème et elle décida dans son arrêt du 1^{er} août 1906 (5) que la faillite doit alors être déclarée « par le tribunal dans le ressort duquel se trouve la succursale qui est le *principal établissement* de cette Société ». Dans l'espèce elle déterminait la succursale la plus importante d'après le chiffre d'affaires respectif des différents établissements.

(1) D. 1888, 2, 290 ; S. 1890, 2, 187.

(2) D. 1897, 2, 497, note Prc, S. 1898, 2, 265, aff. de la Valencia and North Eastern of Spain Railway.

(3) Il est évident en effet que si l'on ne pouvait mettre les Sociétés étrangères en faillite ailleurs qu'à leur siège social, autant vaudrait dire que les tribunaux français ne peuvent mettre en faillite une société étrangère.

(4) S. 1898, 1, 16.

(5) D. 1906, 1, 400.

Nous rapprocherons de cet arrêt le jugement rendu dans des circonstances analogues par le tribunal de Bruxelles le 23 juillet 1908 (1) qui adopte le critérium suivant : « la profession commerciale étant dominée par l'esprit de lucre, c'est-à-dire par la volonté d'éviter toute perte et de réaliser le maximum de gains, il s'ensuivra que le principal établissement commercial d'un négociant sera l'endroit où se produiront avec leur maximum d'intensité les chances de ces pertes qu'il doit avant tout éviter et qui, si elles surviennent, entraîneront cette déconfiture, dont il s'agit de situer l'organisation ». C'est en un mot : « Le lieu où se sont jouées les destinées commerciales du défendeur ». L'inconvénient de ce dernier système, théoriquement séduisant, c'est de créer une sorte de « domicile de spéculation » où devra être déclarée la faillite, si le commerçant tire la majeure partie de ses ressources de la spéculation en Bourse ; il présente donc à l'heure actuelle de sérieux défauts et serait peut-être difficile à mettre en pratique.

La Chambre civile admit encore, le 4 mars 1913 (2), la possibilité de déclarer et d'organiser la faillite d'un même commerçant dans deux Etats différents, et le droit pour les créanciers de produire individuellement à chacune des faillites, les biens du débiteur dans chaque territoire ne formant qu'une seule masse totale et non plusieurs patrimoines distincts.

L'arrêt le plus récent que nous ayons relevé émane de la Chambre des requêtes dans son règlement de juges du 11 avril 1927 (3). En voici le texte : « Attendu que le tribunal compétent pour prononcer la faillite d'un négociant en état de cessation de paiements est *celui de son domicile* ; attendu qu'un étranger peut, en transportant en France son *principal établissement*, s'y créer par sa seule volonté un domicile de fait qui produit certains des effets que la loi attache au domicile des Français, notamment en le soumettant pour les actions dirigées contre lui à la compétence des tribunaux français ;

(1) D. 1910, 2, 21.

(2) D. 1914, 1, 185, note PIC.

(3) S. 1927, 1, 216, Clunet, 1928, p. 376.

Attendu que Nazon Mardochée dit Max Froudking, sujet russe non admis à domicile, n'a d'autre résidence en France que celle qu'il a fixée à Aulnay-sous-Bois depuis plus de quinze ans ; que c'est dans cette localité qu'il possède un immeuble important qu'il habite avec sa famille ; Attendu que c'est à Aulnay-sous-Bois où il paie ses impôts, qu'il a établi le centre de son activité commerciale et qu'il dirige les diverses entreprises qu'il a installées dans plusieurs départements et notamment dans l'arrondissement de Chinon ; qu'il échet dans ces conditions de décider que le tribunal de commerce de Pontoise était seul compétent pour prononcer la faillite ».

§ 3. — *Analyse de la notion de domicile en matière de faillite*

De cet examen de la jurisprudence on peut dégager plusieurs remarques. D'une part, la compétence générale des tribunaux français en cette matière paraît s'imposer du seul fait que le débiteur étranger a contracté des obligations commerciales en France ou avec un Français indépendamment de toute question de domicile ou de résidence. Ici comme partout ailleurs, nous ne pensons pas que le domicile soit un principe de compétence générale directe. D'autre part la compétence spéciale reste encore et malgré tout dévolue au tribunal du domicile, et la combinaison de la règle de compétence générale avec la règle de compétence spéciale va aboutir à donner à la notion de domicile un contenu variable dont le minimum se réduira à peu de chose.

N° 1. — *Compétence générale.* — Brocher (1) a prétendu que : « La faillite ne peut certainement pas être prononcée contre tout individu se trouvant sur le territoire, il faut y avoir un domicile pour pouvoir y être soumis à cette institution. Le domicile est bien certainement un élément essentiel en matière de faillite ». Et Gerbaut a soutenu une opinion analogue (2) : « il se

1) III, p. 201.

(2) § 344, p. 438.

peut que l'étranger ait conservé son domicile dans son pays et qu'il n'ait en France qu'une résidence ou un établissement de commerce secondaire. Dans cette hypothèse il ne pourra, à notre avis, être mis en faillite en France ; le juge de son domicile à l'étranger est le juge compétent pour déclarer la faillite »... « Le tribunal français devra se déclarer compétent ou incompétent pour prononcer la faillite d'un étranger en France, dit-il encore (1), selon qu'il aura reconnu d'après les circonstances de l'espèce, que le vrai domicile, le principal établissement de l'individu ou de la Société se trouve en France ou à l'étranger ». Mais ce sont là des règles de compétence générale et elles ne sont pas admises par notre jurisprudence.

N° 2. — *Compétence spéciale.* — Ce que nous recherchons ici ce sont les éléments dont se compose le domicile suffisant pour justifier la compétence spéciale du tribunal de commerce français saisi d'une demande en déclaration de faillite. Il apparaît bien, au premier abord, qu'ici comme en matière de compétence spéciale personnelle et mobilière, nous sommes en présence d'une notion extensive et même extensible. Le domicile normalement requis, c'est le principal établissement commercial, le centre des affaires et des intérêts du commerçant indépendamment de son habitation privée et du siège de sa famille et de ses affections, c'est donc un domicile légèrement différent peut-être de celui des articles 102 à 110 C. c., un domicile plus spécifiquement « commercial » ; le fait y prédomine nettement sur l'intention, et l'activité commerciale sur toutes les autres branches.

Cela s'explique aisément puisqu'il s'agit surtout de protéger les tiers en relations d'affaires avec le commerçant. Si le débiteur ne possède pas en France d'exploitation de cette sorte, on se contentera alors d'un établissement commercial secondaire, de la succursale d'une maison étrangère par exemple ; encore faudra-t-il, ainsi que nous l'avons vu, porter l'action devant le tribunal de la

1) § 347, p. 446,

principale succursale s'il en existe plusieurs sur le territoire ; à défaut d'une succursale, un établissement instable et précaire où se seront traitées les affaires litigieuses suffira encore. En l'absence de toute exploitation commerciale quelconque l'étranger pourra être assigné devant le tribunal de sa résidence privée ou même de sa présence matérielle. S'il n'est même pas présent, peut-être pourra-t-on considérer qu'il a fait élection de domicile tacite au lieu où l'obligation s'est formée. Enfin, si l'obligation a été contractée à l'étranger et que l'on admette l'application de l'article 14 C. c., il faudra suivre la règle générale, c'est-à-dire que le demandeur portera l'action devant son propre tribunal.

Telle est la notion de domicile en matière de faillite, qui nous paraît résulter des décisions de la jurisprudence et des idées générales dont elle s'inspire. Elle nous a paru offrir suffisamment de caractères distinctifs pour s'individualiser nettement et pour mériter ainsi l'étude spéciale que nous en avons faite (1).

N° 3. — *Loi applicable.* — Son importance est d'ailleurs accrue par ce fait que le tribunal compétent à raison du domicile du failli appliquera sa propre loi à la faillite tout entière, à son ouverture, à son organisation, à son règlement. Les formes et les modes de vérification des créances, les pouvoirs du syndic, les recours et les délais, les effets du jugement déclaratif devront être déterminés d'après la *lex fori*. En effet, la faillite est une mesure de protection prise par l'autorité territoriale, elle peut, d'autre part, s'exercer vis-à-vis de créanciers de nationalités diverses, à propos d'obligations nées dans

(1) En droit interne même le domicile dont on tient compte en matière de faillite n'est-il pas un domicile commercial, sensiblement différent du domicile civil ? C'est ce qui paraît bien résulter de la doctrine et de la jurisprudence (LYON-CAEN et RENAULT, VII, § 76, p. 77 ; Paris, 12 juillet 1875, *Journal des Faillites*, 1876, p. 200 ; Paris, 10 novembre 1884 (*J. F.*, 1886, p. 268) ; Rennes, 17 février 1894 (*Recueil de Nantes*, 1894, 1, 173) ; il a de même été jugé que la femme mariée était mise en faillite à son principal établissement commercial et non au domicile de son mari : Cassation, 12 juin 1883, S. 1883, 1, 257 ; D. 1883, 1, 281 ; S. 1884, 1, 257, note ESMEIN.

des pays différents, par conséquent la *lex fori* est la seule qualifiée pour régler toutes ces questions. Par suite, c'est donc du domicile que leur solution dépendra.

SECTION VII

Le domicile principe de compétence successorale

§ 1. — Application des règles de compétence générale.

§ 2. — Le domicile de fait est attributif de compétence.

§ 3. — Éléments du domicile de fait.

Le tribunal compétent pour toutes les contestations relatives à l'hérédité jusqu'au partage inclusivement est celui du lieu du dernier domicile du défunt (art. 110 C. c.). Ces règles de compétence juridictionnelle de droit interne s'appliquent également, à défaut d'autres, en droit international privé.

§ 1. — Application des règles de compétence générale

Jusqu'en 1850 la jurisprudence fut assez hésitante ; d'une façon générale, elle admettait en matière successorale l'application de l'article 14 C. c. et autorisait les Français à citer devant le tribunal de leur propre domicile les cohéritiers étrangers (1). Cette doctrine se trouve encore affirmée par un arrêt d'Aix du 24 janvier 1906 (2). Dans sa note sous cet arrêt, M. Audinet, qui fut partisan de l'application de l'article 14 C. c. à la compétence successorale, confesse son erreur et refuse désormais d'étendre par analogie l'article 14 C. c. déjà exorbitant. Inversement un jugement du tribunal de Poitiers du 29 décembre 1874 (3) a appliqué en cette matière l'article 15 C. c. et décidé qu'un Français pouvait être assigné en France par un étranger pour une action successorale alors que le lieu d'ouverture de la succession était à l'étranger.

C'est du reste les articles 14 et 15 qui se trouvent taci-

(1) Paris, 17 novembre 1834, S. 1836, 2, 171 et les arrêts cités en note.

(2) S. 1907, 2, 289.

(3) Clunet, 1875, p. 441.

tement à la base de tous les arrêts qui se sont reconnus compétents pour connaître de la succession des Français domiciliés en pays étrangers. En effet, exception faite des arrêts très anciens où des conditions très sévères étaient exigées pour reconnaître au Français un domicile à l'étranger (Paris 30 juillet 1811, Sirey, Chron.), et où, par conséquent, la succession était considérée comme ouverte en France, on ne saurait expliquer autrement l'attitude de nos tribunaux.

Les arrêts Lalanne (1), et Parrain (2), ont tous statué sur la succession de Français décédés à l'étranger et après avoir affirmé que le domicile du défunt, et le lieu d'ouverture de la succession, étaient bien à l'étranger. Ils ne peuvent donc s'expliquer que par les articles 14 et 15 C. c. Mais, d'autre part, l'application de ceux-ci n'est sans doute pas obligatoire, puisque le défaut du domicile en France du *de cuius* français est un motif valable d'incompétence (3).

Vis-à-vis des étrangers, la Cour de Cassation affirma, le 18 août 1847 (4), que le principe d'incompétence subsistait là comme ailleurs du moment que la contestation s'agissait uniquement entre étrangers, et la Cour de Bordeaux, le 16 août 1845 (5), se déclara incompétente pour connaître de la succession d'un étranger alors même que ce dernier avait en France, où il était mort, obtenu du gouvernement l'autorisation à domicile, ce qui était en opposition avec un arrêt de la Cour de Cassation rendu le 7 novembre 1826 (S. chron.). *A fortiori*, le 13 mars 1850 (6), la Cour de Paris jugea sur les conclusions du procureur général Portier, que le domicile de fait était impuissant à déterminer le lieu d'ouverture de la succession.

Par la suite la jurisprudence perdit de sa rigueur. Le 25 mai 1852, sous la présidence de Troplong, la Cour de

(1) Pau, 6 juin 1864, S. 1865, 2, 105.

(2) Requête, 21 juin 1865, D. 1865, 1, 418.

(3) Cassation, 27 avril 1868, D. 1868, 1, 302 ; S. 1868, 1, 257, aff. Jeanin ; Cassation, 22 octobre 1900, D. 1900, 1, 520 ; S. 1901, 1, 88.

(4) D. 1847, 1, 345.

(5) D. 1847, 2, 45, aff. Echenique.

(6) S. 1851, 2, 791 ; D. 1852, 2, 79, aff. Lynch.

Paris décida : « considérant que la succession de Connolly, mort en France, s'est ouverte en France, où il résidait depuis plus de vingt ans, qu'il y avait placé sa fortune et fixé son établissement ». Le sommaire de l'arrêt et la note qui l'accompagne attribuent cette solution au fait que Connolly avait en France un domicile légal. Mais, ni dans l'exposé des circonstances de la cause, ni dans les motifs de la Cour, on ne relève aucune allusion à une autorisation du gouvernement d'établir son domicile en France.

Le 6 janvier 1866 (1), le tribunal de la Seine s'estima compétent pour connaître de la succession d'un étranger admis à domicile. Mais, le 29 juillet 1872, la Cour de Paris affirmait encore, à l'occasion de l'affaire Morand (2), que le simple domicile de fait est insuffisant pour déterminer le lieu d'ouverture de la succession.

Cependant un certain nombre d'arrêts avaient procédé à la dévolution de la succession d'étrangers même en dehors de l'autorisation de l'article 13 C. c. et même entre cohéritiers étrangers. C'est donc qu'ils s'étaient estimés compétents.

§ 2. — *Le domicile de fait est attributif de compétence*

C'est dans le jugement du tribunal du Havre du 22 août 1872 (3) si connu par son adoption du principe d'unité successorale (le tribunal eut d'ailleurs là un geste retentissant mais purement platonique, car les parties avaient transigé sur la question des immeubles avant de porter l'affaire devant la justice) que nous trouvons pour la première fois l'affirmation que le domicile de fait détermine le lieu d'ouverture de la succession, et par suite la compétence du tribunal chargé de connaître des difficultés qu'elle soulève.

Deux ans après, la Cour de Cassation, le 7 juillet 1874 (4), affirma solennellement : « attendu qu'aux ter-

(1) D. 1867, 3, 61.

(2) D. 1872, 2, 223, S. 1873, 2, 148.

(3) S. 1872, 2, 313.

(4) S. 1874, 1, 19, D. 1875, 1, 271, aff. Specht.

mes de l'article 110 C. c. le lieu où s'ouvre la succession est déterminé par le domicile, que la loi ne fait pas de distinction à cet égard entre l'étranger et le régnicole », elle ajoute que l'étranger peut acquérir en France, sans autorisation du gouvernement, « un domicile de fait entraînant certaines conséquences, telles que le soumettre à la juridiction des tribunaux français, et de déterminer la compétence du juge qui devra connaître, après son décès, de la succession qu'il laissera en France ».

Cette solution reçut une consécration éclatante lors des arrêts Forgo. La Cour de Pau avait décidé le 14 mars 1874 que le domicile de fait du Bavaïois la rendait compétente et rendait même la loi française applicable à la dévolution de la succession. La Cour de Cassation, le 5 mai 1875 (1), en cassant l'arrêt sur cette seconde proposition, a implicitement validé la première. Du reste, dans sa note sous l'arrêt de Bordeaux du 24 mai 1876 en cette affaire (2), l'arrêtiste le dit expressément.

L'arrêt de Bordeaux du 19 août 1879 (3) reprit exactement les termes de l'arrêt Specht.

Le 8 décembre 1891 (4) la Cour de Paris décida que le tribunal du domicile de fait de l'étranger en France était compétent pour régler sa succession même si le *de cuius* était mort à l'étranger, « du moment qu'il résulte des circonstances qu'il y a lieu d'écarter l'idée d'un éloignement prolongé ».

Le principe, devenu constant, fut affirmé successivement par la Cour d'Alger le 14 janvier 1892 (5) ; le tribunal de Bordeaux le 14 juin 1893 (6) ; la Cour de Paris le 19 juin 1894 (7), confirmée le 1^{er} juillet 1895 (8) par la Cour de Cassation qui décida : « que c'est donc à bon droit que la Cour de Paris, ayant apprécié d'après les

(1) D. 1875, 1, 343 ; S. 1875, 1, 409.

(2) S. 1877, 2, 109 ; D. 1878, 2, 79.

(3) S. 1880, 2, 247, aff. Meyer.

(4) Clunet, 1892, p. 486.

(5) D. 1892, 2, 243.

(6) D. 1897, 1, 137, aff. de la Lastra, sous Cassation, 9 février 1897.

(7) D. 1894, 2, 513, aff. duc de Brunswick.

(8) D. 1895, 1, 344 ; S. 1896, 1, 225.

faits, documents et circonstances de la cause, que le duc de Brunswick avait conservé à Paris son principal établissement, a décidé que c'est à Paris que sa succession s'était ouverte et que par suite le tribunal civil de la Seine était compétent pour connaître de la demande en pétition d'hérédité, liquidation et partage, intentée par les consorts de Civry contre la ville de Genève (1).

Le tribunal de la Seine, le 6 juillet 1895, dans un jugement qui fut confirmé le 20 mars 1896 par la Cour de Paris (2), décida qu'en cette matière il ne fallait pas faire de différence entre la succession des Français et celle des étrangers.

C'est ce que répéta la Cour de Douai le 9 juillet 1902 (3) : « attendu que, aux termes de l'article 110 C. c., le lieu où s'ouvre la succession est déterminé par le domicile, que la loi ne fait pas de distinction à cet égard entre l'étranger et le régnicole, qu'il ne s'agit point d'autre part du domicile légal tel qu'il est déterminé par l'article 13 C. c. ».

Le tribunal de la Seine reprit cette thèse le 11 mars 1904 (4) dans des termes presque identiques.

Un des arrêts les plus récents, qui se trouve aussi des plus précis, est celui rendu par la Chambre des Requêtes le 7 juillet 1925 (5) : « attendu, dit-il, que le tribunal compétent est celui du lieu où la succession s'est ouverte, que ce lieu est déterminé par le domicile, et que le domicile est au lieu du principal établissement ; que la question de savoir où se trouve le domicile d'une personne est essentiellement une question de fait ». A lire les motifs de cet arrêt on ne soupçonnerait pas la distinction du domicile autorisé et du domicile de fait. Donc la jurisprudence, après les hésitations de la première période, avait fina-

(1) Le tribunal de Bordeaux fit d'ailleurs remarquer très justement : « Que l'étranger domicilié de fait en France étant dans la même situation que le Français domicilié de fait à l'étranger, sa succession doit être régie par les mêmes règles ; en décider autrement serait, dans certains cas, arriver au résultat étrange de mettre entre la fortune et le tribunal compétent une distance ruineuse pour les familles ».

(2) Clunet, 1896, p. 402, aff. de Errasquin.

(3) Clunet, 1903, p. 181, aff. Guzman-Blanco.

(4) Clunet, 1907, p. 434, aff. Mack.

(5) S. 1925, 2, 179, Revue, 1926, p. 389, D. H., 1925, p. 611.

lement admis de façon indiscutable que la succession s'ouvrait en droit international privé comme en droit interne, au lieu du dernier domicile du défunt, et que ce domicile n'avait pas besoin d'être un domicile autorisé.

§ 3. — *Éléments du domicile de fait*

Nous croyons cependant que la notion du domicile usitée en cette matière reste assez stricte. C'est très probablement celle des articles 102 à 105 C. c., c'est-à-dire le principal établissement joint à l'intention conforme.

L'arrêt Connolly (1) constate que le *de cujus* « résidait en France depuis plus de vingt ans, qu'il y avait placé sa fortune, et fixé son établissement ».

Le jugement Luscombe (2) « que les père et mère de la demoiselle Luscombe ont, il y a près de soixante ans, fixé en France le centre de leurs affaires, et non seulement leur principal, mais leur unique établissement ; que leur fille s'est inspirée de leur exemple, et s'y est constitué ce domaine immobilier si caractéristique de la fixité et de l'immutabilité d'une résidence ».

L'arrêt de la Cour de Pau, dans l'affaire Forgo : « les faits ci-dessus rappelés, et qui établissent une résidence de fait incontestable accompagnée de l'intention de fixer en France un établissement définitif ».

L'arrêt de Bordeaux dans l'affaire Meyer le 19 août 1879 (3) « que Meyer est venu s'établir à Bordeaux en 1805, qu'il y a constamment vécu et s'y est marié avec une Française sous l'empire de la loi française ; qu'il avait à Bordeaux sa résidence et le siège de ses affaires ; qu'il y est mort et y a désigné le lieu de sa sépulture ; qu'enfin il n'a eu, pendant sa longue existence, aucun établissement à l'étranger ».

Le jugement de Bordeaux, dans l'affaire de La Lasta (4) : « il suffit que l'étranger ait en France son principal établissement pour qu'il y soit domicilié, qu'il appar-

(1) S. 1852, 2, 289.

(2) S. 1872, 2, 313.

(3) S. 1880, 2, 247.

(4) D. 1897, 1, 137.

tient d'ailleurs aux tribunaux d'apprécier dans quelles conditions et dans quel esprit cet établissement a été créé ».

Nous avons déjà cité les considérants de l'arrêt de Paris du 19 juin 1894 dans l'affaire du Duc de Brunswick (1). On sait que la Cour a conclu d'une analyse détaillée des faits, à la persistance du principal établissement à Paris, et que c'est sur ce motif que la Cour de Cassation a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt (2).

Voici les constatations de fait de l'arrêt de Paris du 7 juillet 1902 (3) : « attendu qu'il est établi que le général Guzman-Blanco s'était, en quittant sa patrie, établi en France, et qu'il était domicilié en fait, depuis de longues années, à Paris où il habitait d'une façon permanente, et où il s'était constitué un véritable domicile ».

Le 11 mars 1904 (4) le tribunal de la Seine analyse très complètement les éléments du domicile de fait suffisant pour déterminer le lieu d'ouverture de la succession, il se caractérise selon lui : « par un séjour prolongé, par un établissement sérieux, et par l'intention de demeurer en France où se trouve le centre des relations et des affaires de l'étranger ».

Enfin, le 7 juillet 1925 (5), la Cour de Cassation posa en principe « que le domicile est au lieu du principal établissement » et jugea qu'en décidant que le prince Vogoridy, qui habitait depuis plus de 25 ans en France, sans avoir conservé en Roumanie d'établissement suffisant, était domicilié en France, l'arrêt attaqué n'avait violé aucun texte.

Il semble donc bien résulter de cette jurisprudence que le domicile exigé pour fixer le lieu d'ouverture de la succession est le même, quelle que soit la nationalité du *de cuius* ; que c'est le domicile ordinaire et normal, le lieu du principal établissement. Il faut que cet établissement soit principal ; il faut de plus qu'il soit accompagné de

(1) D. 1894, 2, 513.

(2) D. 1895, 1, 344 ; S. 1896, 1, 225.

(3) Clunet, 1903, p. 181.

(4) Clunet, 1907, p. 734, aff. Mack.

(5) S. 1925, 1, 179, Revue, 1926, p. 389.

l'intention conforme, c'est à cette double condition qu'un tribunal français se reconnaîtra spécialement compétent. Nous avons ici l'application stricte, l'application type, la seule peut-être qui soit intégrale des articles 102 à 105 C. c.

Ajoutons, d'autre part, qu'il y a lieu d'appliquer ici les articles 106 à 110 C. c. lorsque le *de cujus* était affecté d'un domicile de dépendance. Nous avons déjà étudié dans quels cas nos tribunaux appliquent, en droit international, les règles sur la dépendance ; nous nous contentons donc d'indiquer ici qu'à l'inverse de ce qui se produit pour la notion française du domicile dans le statut personnel supplétoire, l'acquisition de la nationalité, et l'affouage, la notion française de domicile en matière de compétence successorale comprend normalement les règles de dépendance posées par le Code civil.

SECTION VIII

Le domicile principe de compétence tutélaire

§ 1. — Compétence générale, le principe d'incompétence dans la tutelle et l'interdiction ; renversement proposé du principe, ses conséquences sur la loi applicable.

§ 2. — Compétence spéciale.

Il y a une compétence qui présente beaucoup d'analogies avec la compétence successorale, c'est la compétence tutélaire. De même que tous les litiges relatifs à la succession du *de cujus* sont centralisés au Tribunal du lieu d'ouverture de cette succession, de même tous les litiges relatifs à l'organisation et au fonctionnement de la tutelle sont centralisés au Tribunal du lieu d'ouverture de cette tutelle (art. 406 C. c. et 525 proc.). Le lieu d'ouverture de la tutelle se trouve au domicile du mineur au jour où s'ouvre la tutelle. Comme d'autre part l'enfant mineur a son domicile chez ses parents, que ses parents ont normalement un domicile commun, et que la tutelle s'ouvre généralement par le décès de l'un des parents, il s'en suivra que l'ouverture d'une tutelle coïncidera très

fréquemment avec l'ouverture d'une succession et qu'elles s'ouvriront toutes deux au même lieu.

La seule détermination du domicile du parent défunt apprendra donc au Tribunal à la fois s'il est compétent pour connaître de la succession et pour organiser la tutelle. Cette simultanéité explique que la jurisprudence sur la notion de domicile en matière d'ouverture de tutelle ait été influencée par la jurisprudence en matière de succession. Il y a là un parallélisme à la fois juridique et pratique.

§ 1. — *Compétence générale*

Tout d'abord, les tribunaux français sont-ils généralement compétents pour s'occuper de la tutelle des étrangers ?

N° 1. — *Le principe d'incompétence dans la tutelle.* — Le principe d'incompétence s'applique à la compétence tutélaire comme à toutes les autres (1). Il a même été consacré par de nombreux traités internationaux (2) qui ont confié aux consuls étrangers le soin d'organiser la tutelle de leurs ressortissants. Mais on s'est aperçu que ces pouvoirs permettaient aux consuls de déployer à cette occasion une activité politique qui n'était pas sans danger, on a cessé de conclure de semblables conventions, celles qui restent en vigueur sont peu nombreuses, et il est très probable qu'elles ne seront pas renouvelées.

En tous cas, même sous le régime de ces traités, la jurisprudence a toujours fait réserve du déni de justice qui, là plus qu'ailleurs, risque de troubler la sécurité publique. En effet, il est nécessaire au bon ordre des choses que la personne des mineurs et les biens qu'ils possèdent ne soient pas sans protection légale, aussi nos tribunaux

(1) Bastia, 8 décembre 1863, D. 1864, 2, 1 ; affaire Da Costa.

(2) Espagne, 7 janvier 1862, art. 20 ; Italie, 26 juillet 1862, art. 9 ; Portugal, 11 juillet 1866, art. 8 ; Suisse, 15 juin 1869, art. 10 ; Grèce, 7 janvier 1876, art. 10 ; Salvador, 5 juin 1878, art. 12 ; Dominicaine, 25 octobre 1882, art. 12 ; Mexique, 27 novembre 1886. — Convention de La Haye sur la tutelle, 12 juin 1902 ; Norvège et Suède, 20 novembre 1904.

ont-ils toujours admis qu'ils avaient une compétence générale pour prendre les mesures provisoires qui s'imposaient en faveur de la sauvegarde des mineurs et de leur fortune (1).

C'était là d'ailleurs des mesures essentiellement provisoires destinées à prendre fin lorsque les autorités étrangères auraient organisé la tutelle véritable ; à vrai dire les tribunaux se sont cependant réservé le droit de statuer sur l'opportunité de la substitution de la tutelle véritable à la tutelle provisoire (2).

C'est ce système que consacrait la Convention de La Haye du 12 juin 1902 sur la tutelle et qu'avait préconisé l'Institut de Droit international le 8 septembre 1891, dans sa cession de Hambourg.

N° 2. — *Le principe d'incompétence dans la curatelle et l'interdiction.* — Un système analogue était suivi pour la curatelle et l'interdiction. Nos tribunaux s'estimaient exceptionnellement compétents pour doter d'un conseil judiciaire un étranger résidant en France et sans parents connus (3). Cette solution fut également confirmée par la

(1) Cassation, 25 août 1847 (D. 1847, 1, 273, aff. Quartin) où le tribunal ordonne l'emploi de valeurs échues à une mineure étrangère ; Bastia, 8 décembre 1863 (D. 1864, 2, 1, aff. Da Costa) qui n'admet cette compétence que dans des cas vraiment exceptionnels ; Nancy, 25 avril 1885 (D. 1886, 2, 131), qui voit dans la tutelle provisoire un devoir pour les tribunaux ; Besançon, 30 novembre 1887 (D. 1888, 2, 113 ; S. 1890, 2, 59 et la note de M. de Boeck au Dalloz) ; Cassation, 10 novembre 1896 (D. 1897, 1, 313, aff. Montferrato) où le Consul de Grèce avait obstinément refusé d'agir, peut-être parce que le père défunt du mineur ayant perdu tout domicile en Grèce depuis plus de cinquante ans, il eût été impossible de trouver dans ce pays un tribunal compétent pour nommer le tuteur ; Cassation, 19 novembre 1923 (*Gaz. Pal.*, 1924, 1, 167) et Cassation, 7 mai 1928 (S. 1928, 1, 238), rendus dans la même affaire, qui précisent que les tribunaux français doivent pourvoir aux intérêts du mineur, mais seulement s'il est sans protecteur légal actif, et à titre simplement provisoire.

(2) Bordeaux, 30 mai 1910, D. 1912, 2, 326, où la Cour refusa de confier à son tuteur allemand la mineure Elsa Boshamer parce que le climat d'Essen où il voulait l'emmener était contraire à sa santé. Un récent jugement du tribunal de la Seine (17 décembre 1927, *Clunet*, 1929, p. 341, note J. Perroud) a même organisé formellement une tutelle *définitive*, mais les mineurs en cause étaient déjà dotés d'une tutelle en Hollande et d'une autre au Guatemala, de sorte que le tribunal a pris une solution qui s'imposait.

(3) Rouen, 5 décembre 1853, D. 1854, 2, 123 ; Cassation, 29 janvier

Convention de La Haye du 7 juillet 1905 sur l'interdiction (art. 4, 6, 7, 8) dénoncée par la France le 5 décembre 1916 : « L'Etat de la résidence habituelle du futur interdit doit aviser l'Etat dont cet individu est le ressortissant d'avoir à entamer la procédure qui s'impose, et il peut en attendant prendre toutes les mesures provisoires nécessaires » (1).

N° 3. — *Renversement proposé du principe.* — Mais faut-il se contenter de cette compétence générale exceptionnelle ? Ne faut-il pas au contraire en faire une règle et dire que nos tribunaux seront compétents en matière de tutelle à l'égard de tous les mineurs domiciliés sur le territoire ? La doctrine est divisée : d'une part Duranton, Pardessus, Demolombe, Aubry et Rau, Féraud-Giraud ne le pensent pas, mais d'autre part Foelix et Demangeat, Massé, Bertauld, Bonfils, Glasson, Gerbaut, Laurent, Brocher, Renault, Durand, Weiss, Despagne, de Martens, Wheaton, Bluntschli, Calvo, Asser et Rivier, Rolin, Vincent et Penaud penchent au contraire pour l'affirmative. Le fait d'accorder des mesures provisoires ne suffit pas ; « nous croyons qu'il faut aller plus loin encore, dit Gerbaut (2) et reconnaître la compétence des juges français pour pourvoir à la nomination d'un tuteur selon la loi nationale du mineur étranger, toutes les fois que ce mineur a son domicile en France (3) ». Le même tribunal français a compétence d'après cet auteur pour homologuer les décisions du conseil de famille, statuer sur le recours contre ces décisions, et donner au tuteur toutes les autorisations nécessaires.

Gerbaut tient un raisonnement analogue en matière

1866, D. 1866, 1, 170 où l'arrêtiste affirme très nettement le principe d'incompétence en cette matière.

(1) Signalons en passant que la Convention de La Haye en employant le terme « résidence habituelle » et non « domicile » n'a cependant pas réussi à supprimer tout conflit sur la détermination de ce lieu, ainsi qu'en témoigne un jugement du tribunal d'Amsterdam du 9 avril 1926 (Clunet, 1928, p. 1296) qui a conclu que la résidence habituelle était différente de la résidence réelle.

(2) § 402, p. 522.

(3) Seine, 10 avril 1877, Clunet, 1878, p. 875.

d'interdiction : « Il faut déterminer la compétence, dit-il (1), d'après le domicile de la personne, qu'il s'agit d'interdire ». Dans sa note au D. 1888, 1, 113, M. de Boeck qui résuma l'état de la question, affirme : « Mais si l'on admettait la compétence des tribunaux français dès que l'étranger a en France son domicile ou même une simple résidence, en vertu de l'article 59 proc., on pourrait obtenir une justice définitive ». Les tribunaux français sont mieux placés en effet que les tribunaux étrangers et le principe d'incompétence ne peut se justifier par la nécessité d'appliquer une loi étrangère.

N° 4. — *Ses conséquences sur la loi applicable.* — Est-ce que ce renversement de principes changerait grand chose aux solutions de la jurisprudence ? Nous le pensons, car cette jurisprudence reste très stricte (2). Mais surtout cela apporterait une modification considérable au point de vue de la loi applicable. Lorsque nos tribunaux sont exceptionnellement compétents, c'est d'une tutelle organisée selon la loi française qu'ils dotent le mineur étranger (3). Cela est compréhensible d'ailleurs, puisque l'Etat qui intervient alors, le fait à titre de souverain territorial qui doit veiller sur les mineurs orphelins, de même qu'il recueille les successions en déshérence, et l'Institut de Droit international comme la Convention de La Haye qui ont admis le principe en ont admis aussi expressément les conséquences. Si l'on admet au contraire que nos tribunaux ont une compétence non plus exceptionnelle mais normale, il n'y a aucune raison pour qu'ils n'appliquent pas à l'organisation et au fonctionnement de la tutelle la loi nationale des mineurs que tout le monde reconnaît applicable en matière de statut personnel, du moins quand il est matériellement possible de remplir en France les formalités que cette loi impose. C'est ce que pensent M. de Boeck dans sa note et Gerbaut dans sa thèse (§ 402).

(1) § 404, p. 525.

(2) Bordeaux, 20 novembre 1887 précité, refuse d'homologuer ou d'annuler une délibération du Conseil de famille.

(3) Nancy, 25 avril 1885 ; Cassation, 10 novembre 1896 ; Cassation, 19 novembre 1923 ; Cassation, 7 mai 1928, précités.

Le projet de réforme discuté par la Société d'Etudes législatives sous le n° 73, et actuellement soumis au vote du Parlement, comporte l'insertion à l'article 27 du Code civil, du texte suivant : « L'enfant mineur qui possède un domicile en France conformément à l'article 12 C. c. est soumis exclusivement à la loi française en ce qui concerne la tutelle, la puissance paternelle, et sa capacité, à l'exception de sa capacité de contracter mariage. Lorsqu'un enfant mineur acquiert un domicile en France durant sa minorité, il lui est organisé une tutelle conformément à la loi française et la tutelle antérieure cesse de produire ses effets ». On voit que ce texte va sensiblement plus loin que la jurisprudence actuelle.

§ 2. — *Compétence spéciale*

L'examen des conditions dans lesquelles nos tribunaux acceptent une compétence générale dans les affaires de tutelle, et les motifs qui les font consentir à cette acceptation vont nous aider pour déterminer la notion de domicile dont ils font usage afin de régler leur compétence spéciale en leur matière.

Le tribunal français compétent pour organiser la tutelle et surveiller son fonctionnement sera celui du domicile du mineur. Comment doit s'entendre ce domicile ? Non pas d'un domicile de dépendance, non pas d'un établissement principal et intentionnel, à peine d'une résidence habituelle et fixe. Le domicile suffisant dans ce cas est extrêmement large, il se contente des éléments les plus fragiles. Nous avons dit que M. de Boeck voyait un principe de compétence dans la simple résidence si le mineur n'a pas de domicile connu dans un autre pays. Gerbaut dit de même (1) « ce que nous disons du mineur domicilié en France, nous l'appliquerons d'ailleurs à tout mineur résidant en France sans avoir un domicile dans un autre pays » (2).

(1) § 402, p. 522.

(2) Par contre, pour la compétence en matière d'interdiction, § 404, p. 525 ; Gerbaut exige un véritable domicile et non une résidence, il

Il n'est pas douteux que le système de la jurisprudence conduise à aller beaucoup plus loin. Peu importe dans ce cas que le domicile ou même la résidence habituelle du mineur, soit à l'étranger, ce qui provoque les mesures provisoires, c'est le fait qu'un mineur étranger se trouve en péril sur le territoire français. Il suffira donc de la simple présence matérielle du mineur dans le ressort du tribunal pour que ce dernier soit compétent, et effectivement les arrêts que nous possédons se contentent tous de cette formule : « Le mineur étranger *qui se trouve* en France sans protecteur légal connu peut et doit même y être pourvu d'un tuteur conformément aux lois françaises » (1) ; « il appartient à la juridiction du lieu de résidence... (2) » ; « le mineur étranger *qui est en France* peut et doit même... » (3) ; « le mineur étranger *qui se trouve* en France peut et doit... » (4).

Nous sommes donc ici en présence d'une notion extrêmement large du domicile et de la résidence. Notion qui peut se réduire à la simple présence matérielle. Cette notion se rapproche sensiblement, on le voit, de celle qui est usitée en matière de statut personnel supplétoire, et cette analogie se comprend : dans un cas comme dans l'autre, l'autorité territoriale supplée à un vide qui suspend la vie juridique. Le mineur abandonné n'est-il pas considéré comme un être provisoirement sans statut personnel puisque son statut personnel bien qu'existant, ne fonctionne pas ? On est d'autant plus fondé à le croire que le système de la jurisprudence attribue compétence non seulement au tribunal du domicile pour organiser la tutelle, mais encore à la loi du domicile pour régir le fond de cette tutelle.

Le projet de la Société d'Etudes législatives est peut-être plus rigoureux, car s'il consacre ce double effet du domicile, il exige un domicile au sens de l'article 12

admet d'ailleurs que ce domicile n'a pas besoin d'être autorisé par le Gouvernement.

(1) Nancy, 25 avril 1885, D. 1886, 2, 131.

(2) Bordeaux, 30 mai 1910, D. 1912, 2, 326.

(3) Cassation, 19 novembre 1923, *Gaz. Pal.*, 1924, 1, 167.

(4) Cassation, 7 mai 1928, S. 1928, 1, 238.

futur du Code civil, ce qui comprend le domicile de dépendance mais exclut la simple résidence lorsqu'il existe un domicile en pays étranger. Cependant ce texte n'ôterait probablement pas à nos tribunaux le droit et le devoir de prendre des mesures provisoires en dehors des cas qu'il régit, et sur ce point la jurisprudence actuelle subsisterait intégralement.

SECTION IX

Le domicile principe de dévolution successorale

§ 1. — La règle *mobilia sequuntur personam*.

§ 2. — La succession du français.

§ 3. — La succession de l'étranger : n° 1. Loi appliquée par la jurisprudence ; n° 2. Explication de la jurisprudence ; n° 3. Nécessité d'un domicile autorisé ; n° 4. Influence de la loi du 10 août 1927.

Il est admis en droit international privé français que la succession mobilière est réglée par la loi du domicile.

§ 1. — La règle *mobilia sequuntur personam*

C'est là un principe consacré par une tradition de plus de trois siècles. L'ancien droit dans sa territorialité intransigeante avait décidé que la transmission des successions obéirait à la *lex rei sitæ*. Mais parce que d'une part les meubles n'ont pas d'assiette fixe, qu'ils sont par nature instables et transportables ; parce que, d'autre part, leur peu de valeur (*res mobilis res vilis*) rendait inutile de suivre des règles spéciales au sujet de chacun d'eux, on avait admis qu'ils seraient tout simplement considérés comme étant tous situés fictivement au domicile de leur propriétaire, c'est-à-dire à leur place naturelle. C'est ce qu'exprimait l'adage bien connu *mobilia sequuntur personam* ».

Il était donc admis par l'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence de l'ancien régime que les immeubles successoraux suivaient la *lex rei sitæ*, et que les meubles suivaient la loi du domicile du *de cuius* (1).

(1) De nombreuses coutumes contenaient une expression de la règle

Tous les auteurs la reproduisent (1).

Dans le silence du Code civil, le droit moderne a conservé cette double solution, le Code d'ailleurs, en décidant dans l'article 3-2° que les immeubles sont toujours régis par la loi française, semblait en consacrer la première partie. Mais la seconde partie en a été parfois critiquée ; si les meubles suivaient autrefois le domicile, a-t-on dit, c'est que la succession mobilière obéissait au statut personnel, or, à l'heure actuelle, le statut personnel est déterminé par la loi nationale et non plus par la loi du domicile, c'est donc la loi nationale qui doit régir maintenant la dévolution de la succession mobilière.

Toute la question est donc de savoir si l'ancien droit considérait la règle *mobilia sequuntur personam* comme rentrant dans le statut réel, par la fiction que nous avons exposée, ou au contraire dans le statut personnel ? La théorie qui faisait rentrer dans le statut personnel tout l'ensemble de la dévolution successorale, meubles et immeubles, qui avait été vigoureusement soutenue au xiv^e siècle (Albéric de Rasate, Balde, Salicet, etc.) jusqu'au xvi^e siècle (Cujas) avait été entièrement vaincue par le système de la territorialité et ne devait se réveiller qu'en plein xx^e siècle.

Dumoulin en faisait incontestablement un statut réel. Il s'exprime en effet ainsi sur l'article 11 au chapitre 2 de la coutume d'Auvergne : « *Fallit si habet bona alibi sita ubi potest amplius legare, quia reliquum capietur in bonis alibi sitis, scilicet immobilibus quia ex quo habet domicilium mobilia censentur hic esse* ». D'Argentré au contraire y voyait, semble-t-il, une application du statut

« *mobilia sequuntur personam* » : art. 140 de la coutume de Senlis, article 86 de la coutume de Vermandois ; art. 40 de la coutume de Chalons ; art. 21 de la coutume de Reims ; art. 96 de la coutume d'Amiens ; art. de la coutume de Ponthieu ; art. 7 de la coutume de Lille ; art. 9 de la coutume de Montreuil ; art. 17 de la coutume de Douai ; art. 201 de la coutume de Péronne.

(1) LOÏEL, ch. II, titre I, règle 13 ; Dumoulin sur l'article 140 de la coutume de Senlis ; CHASSENEUZ (coutume de Bourgogne) ; GUI COQUILLE, Quest. et rp., 149 ; D'ARGENTRÉ, art. 218 de la coutume de Bretagne, glose 6, et art. 447, glose 2) ; BOUHIER, I, chap. 25, p. 490 ; BOULLENOIS, Traité, p. 8 ; POTHIER (Des personnes et des choses, II^e partie, § 3) ; FERRIÈRE (lp. 1326, sur l'article 88 de la coutume de Paris, glose 29).

personnel, par suite de l'adhérence des meubles à la personne (art. 218, glose 6 ; art. 447 ; glose 2, coutume de Bretagne). Les jurisconsultes postérieurs suivirent l'un et l'autre de ces chefs d'école. Challine (1), Claude Henrys (2), Rodenburg, Voet (3), se rangèrent aux côtés de Dumoulin, Lhommeau (4) et Pothier aux côtés de d'Argentré. Le XVIII^e siècle trouve ainsi dans des camps différents Bouhier qui se prononce pour la personnalité (5) et Boullenois qui affirme (6) : « Quoique les meubles suivent la personne et soient régis par la loi du domicile ce n'est pas comme loi personnelle mais comme loi réelle et de situation ». Rodenburg, qu'il commentait, avait d'ailleurs dit (7) : « *quod ibidem sita esse existimentur non quod statutum evadet personale* ».

Les auteurs n'ont d'ailleurs pas consacré de longs développements au fondement de la règle *mobilia sequuntur personam* puisqu'il aboutissait pour eux au même résultat, à la loi du domicile. Il semble bien cependant que l'explication de Dumoulin soit historiquement la meilleure. Parmi les auteurs modernes qui se sont penchés sur cette question, Mailher de Chassat (p. 430 et ss.) ; Antoine (p. 66) ; Laurent (D. C. I., II, p. 219 ; D. C., VI, p. 240) ; Renault (De la succession, p. 17) ; Surville et Arthuys, Loiseau (p. 325) sont les seuls qui aient cru pouvoir conclure que l'ancien droit rangeait la règle dans le statut personnel ; ceux qui ont étudié la question d'une façon plus approfondie se sont au contraire prononcés en faveur du statut réel : en premier lieu Lainé (II, p. 246 et ss.), et après lui Champcommunal (p. 157 à 295) ; Brocher (I, p. 410) ; de Vareilles Sommières (II, p. 192) ; Pillet (*Principes*, p. 356) ; Donnedieu de Vabres (p. 334) ; Weiss (IV, p. 529) ; Nöyot (p. 837 et ss.), etc...

Nous admettons que la maxime *mobilia sequuntur*

(1) Méthode pour l'intelligence des coutumes, p. 270.

(2) Livre 4, titre I, chap. 6, quest. 105.

(3) Des statuts, art. 4, chap. 2, p. 2.

(4) Maximes, livre III, art. 17.

(5) I, chap., 25, p. 490 et ss.

(6) Traité, I, livre 8, principe 33.

(7) Titre II, cap. 2, n° 1,

personam étant de statut réel, c'est toujours la loi du domicile et non la loi nationale qui doit régir la dévolution de la succession mobilière en droit international privé (1).

C'est d'ailleurs la solution admise par la jurisprudence moderne qui a appliqué aux immeubles la loi de leur situation, et aux meubles la loi du domicile de leur propriétaire (2).

Nous ne nous occupons ici que de la succession mobilière et nous nous proposons de rechercher quelle est la notion du domicile du droit international privé français en cette matière. Il faut tout d'abord distinguer entre la succession des Français et la succession des étrangers.

§ 2. — *La succession du Français*

Nous avons déjà dit que nos tribunaux avaient reconnu aux Français le droit de posséder leur domicile à l'étranger. Ils ont également reconnu la principale conséquence de cet établissement qui est de soumettre à la loi du domicile étranger la succession mobilière de ce Français.

La notion française employée dans ce cas semble bien être celle de l'article 102 du Code civil, avec ses deux éléments caractéristiques, le principal établissement et l'intention. La Cour de Pau, le 6 juin 1864 (3), confirma par adoption de motifs le jugement du tribunal de Bayonne du 25 août 1863 qui décidait : « Attendu que

(1) Cependant certains traités conclus entre 1866 et 1887 avaient stipulé l'application de la loi nationale à la succession mobilière.

(2) Nous ne discutons pas le point de savoir si, théoriquement, il serait préférable de n'appliquer qu'une seule loi à l'ensemble de la succession, la loi nationale par exemple, comme le désirent : WEISS (IV, p. 542) ; PILLET (*Principes*, p. 360) ; ARNTZ (I, n° 72) ; DURAND (p. 382) ; LABBÉ (D. 1882, 1, 145) ; LOISEAU (p. 341) ; FIORE (I, p. 150, § 110) ; ANTOINE (p. 89) ; LAURENT (II, p. 213, VI, p. 225) ; LAINÉ, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1890, p. 534 ; PRUDHOMME, p. 123 ; DESPAGNET DE BOECK, n° 359, p. 1031 ; un seul jugement a suivi cette théorie, c'est celui bien connu rendu par le tribunal du Havre le 22 août 1872 (S. 1872, 2, 33) qui pouvait se payer le luxe de cette hardiesse, simplement parce qu'elle était sans conséquence.

(3) S. 1865, 2, 105, aff. Lalanne.

Lucien Lalanne est décédé à Gualegaychu où il avait son principal établissement et, par conséquent, son domicile », et qui appliquait en conséquence la loi argentine qui attribue la succession aux ascendants à l'exclusion des frère et sœur. Il est intéressant de constater que l'arrêtiste sous cet arrêt s'indigne de voir un tribunal français appliquer une loi étrangère alors que tous les héritiers sont Français, et que la totalité des valeurs successorales dont s'agit se trouve en France, ces circonstances donnent donc d'autant plus de poids à cet arrêt.

De même dans l'affaire Jeannin, la Cour de cassation, le 27 avril 1868 (1), commença par affirmer le droit pour un Français de posséder son domicile à l'étranger, « puisque *son intention* de fixer à Bologne *son principal établissement* ressort de tous les documents du procès » qu'elle prend d'ailleurs soin de rappeler avant de conclure : 1^o que la succession s'est ouverte à Bologne ; 2^o « que de plus, soit parce qu'il est de principe que les valeurs mobilières suivent toujours la personne et partant son domicile, soit parce que, au moment du décès, ces valeurs existaient à Bologne, il y avait lieu de reconnaître à raison des effets combinés des deux circonstances qui viennent d'être relevées que c'était bien, en effet, à la loi du lieu du décès de François Jeannin qu'était dévolu le règlement de sa succession, particulièrement en ce qui concerne les valeurs mobilières susdites ». Nous citons ces considérants parce qu'ils rappellent le fondement réel de la règle : *mobilia sequuntur personam*.

Le 29 novembre 1882 (2) le tribunal de Bordeaux jugea utile d'exiger l'absence d'esprit de retour, à raison de la gravité des conséquences du domicile à caractériser, conséquences qui peuvent aboutir à mettre en échec les dispositions de la loi française. Mais cette exigence était repoussée, nous l'avons déjà vu, par la jurisprudence courante.

C'est ce qu'affirme d'ailleurs expressément la Cour

(1) S. 1868, 1, 257, D. 1868, 1, 302.

(2) Clunet, 1883, p. 296, aff. Dupeyron.

de Pau le 22 juin 1885 (1), où elle énumère comme éléments du domicile, principe de dévolution successorale : l'habitation réelle dans une localité et l'intention d'y fixer son principal établissement. Bien que le *de cujus* eût acheté une propriété dans son pays natal, que sa correspondance manifestât un esprit de retour indiscutable, et qu'il se fût même fait inscrire sur les listes électorales, la Cour décida qu'il était domicilié à San-Francisco et que la loi américaine devait régir les valeurs mobilières qu'il avait laissées.

Il est donc hors de doute que pour la succession des Français domiciliés à l'étranger, la jurisprudence applique la vieille règle statutaire qui soumet les meubles à la loi du domicile du défunt et non à sa loi nationale. En est-il de même pour la succession des étrangers en France ?

§ 3. — *La succession de l'étranger*

N° 1. — *Loi appliquée par la jurisprudence.* — Au premier abord, on serait tenté de croire l'inverse. Dans la quasi totalité des espèces c'est à la loi nationale du *de cujus* qu'on voit nos tribunaux confier le soin de régir la dévolution de la succession mobilière. Certains auteurs s'y sont même mépris et ont affirmé que c'était là une règle générale qui s'expliquait par le fait que la jurisprudence considérait que cette question faisait partie du statut personnel (2).

Il est bien certain cependant que nos tribunaux ont voulu rester fidèles là aussi à la règle *mobilia sequuntur personam* ; il est aisé d'en voir la preuve dans la solution qu'ils donnent, d'une part, pour la succession des Français à l'étranger, d'autre part pour la succession des étrangers admis à domicile en France, laquelle est régie

(1) D. 1886, 2, 181, Clunet, 1887, p. 479 et 611, aff. Bayerque.

(2) MARION, p. 150 ; SURVILLE et ARTHUYS, éd. 1929, § 126, p. 223, et § 346, p. 512 ; DONNEDIEU DE VABRES, p. 328, pour la période 1840-1875, et qui désavoue d'ailleurs cette façon de procéder ; FIORE, § 1282, III, p. 384.

très certainement par la loi française (1), alors qu'il est bien établi que l'admission à domicile n'a pas pour effet de changer le statut personnel de l'étranger.

Enfin, si quelques arrêts négligents se sont parfois laissé aller à dire que la dévolution de la succession mobilière appartenait au statut personnel, donc à la loi nationale (2), la grande majorité, tout en appliquant cette loi nationale, a rappelé pour éviter toute confusion, le principe de la soumission à la loi du domicile (3).

C'est d'ailleurs dans ce dernier sens que tous les auteurs ont interprété la tendance bien nette de la jurisprudence.

N° 2. — Explications de la jurisprudence. — S'il en est ainsi comment peut-on expliquer que nos tribunaux qui posent en théorie la compétence de la loi du domicile appliquent en pratique la loi nationale du défunt ? Il est hors de doute que cela procède en premier lieu de l'idée que l'étranger qui n'a pas été autorisé par le Gouvernement, ne possède pas en France de domicile légal et effectif au point de vue de la dévolution successorale. Tous les arrêts l'ont à peu près unanimement répété.

L'étranger n'ayant pas de domicile en France, les tribunaux appliquent alors au cas qui nous occupe,

(1) Paris, 25 mai 1852, S. 1852, 2, 289, aff. Connolly ; Seine, 6 janvier 1866, D. 1867, 3, 61. — Champcommunal (p. 639) prétend que la loi française s'applique dans ce cas, même s'il existe un traité stipulant l'application de la loi nationale.

(2) Paris, 13 mars 1850, S. 1851, 2, 791 ; D. 1852, 2, 79 ; Cassation, 12 janvier 1869, S. 1869, 1, 138 ; D. 1869, 1, 294, aff. Mélizet ; Seine, 14 mai 1878, Clunet, 1879, p. 285 ; Grasse, 3 mai 1926, Clunet, 1928, p. 1022.

(3) Riom, 7 avril 1835, S. 1835, 2, 378, aff. Onslow ; Bordeaux, 17 août 1853, D. 1854, 2, 154 ; S. 1854, 2, 257, aff. Carrara ; Pau, 5 juin 1857, D. 1858, 2, 137, aff. Lombardo di Pini ; Rouen, 22 juin 1864, D. 1865, 3, 13, aff. Armston ; Paris, 29 juillet 1872, D. 1872, 2, 223, S. 1873, 2, 148, aff. Morand ; Pau, 14 mars 1874, D. 1875, 1, 343 ; S. 1875, 1, 409, aff. Forgo ; Bordeaux, 24 mai 1876, S. 1877, 2, 109 ; D. 1878, 2, 79, aff. Forgo ; Toulouse, 22 mai 1880, S. 1880, 2, 294 ; D. 1881, 2, 93, aff. Forgo ; Requête, 8 mai 1894, D. 1894, 1, 355 ; Pau, 14 mai 1907, S. 1909, 2, 193, aff. Schwartz et la note de M. AUDINET qui s'indigne précisément de cette solution de principe. Nous ne citons ici que les décisions les plus caractéristiques. Cf. les références données par WEISS, IV, p. 529, note 2.

a-t-on dit, la loi du domicile d'origine du *de cujus*, c'est-à-dire la loi de sa patrie (1). C'est là une supposition toute gratuite ; nous n'avons relevé aucune décision formulant ce système, qui serait d'ailleurs singulièrement incomplet. Il ne suffit pas en effet de donner compétence à la loi du domicile d'origine, il faut encore déterminer ce domicile et nous avons déjà dit que ce n'était pas chose naturelle et évidente (2) ; bien loin de supprimer une difficulté, les tribunaux en auraient créé une nouvelle, d'ailleurs très grave (3). Bien plus le tribunal du Havre, le 22 août 1872 (4), a appliqué la loi anglaise à la succession mobilière de la demoiselle Luscombe dont il semble bien que le domicile d'origine ait été en France.

Une explication plus vraisemblable est celle qui consiste à dire que les étrangers, à défaut d'un domicile en France, sont présumés en avoir conservé un dans leur patrie (5). C'est ce qu'affirme formellement la Cour de Paris, le 12 août 1873, dans l'affaire Specht (6) : « Considérant que la nationalité fait présumer le domicile sur le territoire national... » (7). Mais ce que l'on ne comprend pas alors, c'est que cette présomption soit irréfragable, ou tout au moins qu'elle ne puisse être détruite que par un décret d'autorisation. La Cour de Paris, dans le même arrêt, affirme bien qu'elle peut être détruite « par la preuve que l'étranger a voulu se constituer, et s'est réellement constitué en France un domicile séparé de sa nationalité », mais cette solution ne vaut que pour la compétence successorale et non pour la dévolution. De

(1) DONNEDIEU DE VABRES, p. 516, et les nombreux arrêts qu'il cite, en particulier les arrêts Forgo. M. NIBOYET (*Bulletin*, 1930, p. 89) ; COLIN dans sa note, D. 1907, 2, 1.

(2) Cf. I^{re} partie, chap. IV, section I.

(3) Cf. la note de M. COLIN précitée.

(4) S. 1872, 2, 315.

(5) En ce sens M. NAST, note au D. 1909, 1, 305.

(6) S. 1874, 1, 19 ; D. 1875, 1, 271.

(7) Comp. la Cour de Pau, le 14 mars 1874, D. 1875, 1, 343, aff. Forgo : « Que sans doute la nationalité sera la première et la plus puissante des circonstances dont l'ensemble servira à déterminer le domicile... » ; de même encore la Cour de Pau, le 14 mai 1907 (S. 1909, 2, 193, aff. Schwartz).

là une contradiction choquante dans le système jurisprudentiel : la compétence successorale et la dévolution de la succession mobilière sont toutes deux déterminées par le domicile du défunt ; mais alors que dans le premier cas un domicile de fait est pleinement suffisant, on exige dans le second un domicile autorisé. Le tribunal s'estime compétent parce que le défunt était domicilié dans son ressort, mais il applique la loi étrangère à la dévolution des meubles parce que le défunt était domicilié à l'étranger. Cependant, dans un cas comme dans l'autre, c'est la loi française qui a déterminé le domicile, et dans ces deux recherches simultanées le tribunal aboutit à des solutions opposées. Rien ne montre mieux peut-être la pluralité des notions françaises du domicile.

C'est pour effacer cette contradiction que le procureur général Baudoin a présenté le 8 mai 1909 une explication nouvelle à la Cour de cassation (1). Que le domicile de l'étranger puisse justifier la compétence de nos tribunaux pour connaître de sa succession, il n'y a là que l'application naturelle de l'article 110 et de l'idée que l'étranger peut avoir en France un domicile de fait produisant certains effets. Mais que ce domicile de fait soit insuffisant pour faire appliquer la loi française à la dévolution des meubles, il ne faut pas davantage s'en étonner, car *les lois sur la dévolution successorale appartiennent au pur droit civil*. « L'histoire est là, dit-il, pour prouver que de tout temps on a considéré comme une institution du droit civil *stricto sensu* le droit de transmettre *mortis causa* tout patrimoine à ses héritiers ». Il cite le droit d'aubaine, Loysel, Pothier (IX, p. 24) ; les articles 726 et 912 du Code de 1804, la loi du 14 juillet 1819, puis analysant la nature des dispositions successorales dans le Code civil actuel, il y voit encore un *jus civile* purement territorial. Dès lors, pour entraîner l'application de la loi française sur ce point, il faut comme pour l'exercice de tout autre droit civil, le domicile autorisé de l'article 13, qui seul peut donner ce droit. La solution est donc en réalité fort simple et nullement

(1) Clunet, 1909, p. 773, *Gaz. trib.*, 28 mars 1909, aff. Greck.

contradictoire : la compétence judiciaire successorale est de droit naturel, la compétence législative successorale est de droit civil. Cela explique l'opposition apparente, tant des décisions touchant respectivement la compétence des tribunaux et la loi applicable, que des décisions touchant respectivement la dévolution de la succession mobilière de l'étranger domicilié de droit, et celle de l'étranger domicilié de fait (1).

N° 3. — *Nécessité d'un domicile autorisé.* — Quelle que soit l'explication que l'on adopte sur l'attitude de la jurisprudence, une chose est absolument certaine : le domicile qu'elle exigeait avant la loi de 1927, dans le cas qui nous occupe, était un domicile autorisé.

Si la Cour de Riom s'est contentée le 7 avril 1835, dans l'affaire Onslow (2), d'un domicile de fait, c'est à cause des circonstances particulières que nous avons rapportées (3) et qui font de cet arrêt un cas d'espèce. Nous avons également signalé que l'arrêt de Paris du 25 mai 1852 (4) avait appliqué la loi française à la dévolution de la succession mobilière de l'Anglais Connolly, sans que nous ayons trouvé trace d'une autorisation gouvernementale en sa faveur (5), mais le sommaire de cet arrêt assure que le *de cuius* jouissait en France d'un *domicile légal* ».

Nous avons également mentionné que le 9 juin 1857 la Cour de Pau (6) avait appliqué la loi romaine à la succession de Lombardo di Pini, parce qu'elle avait considéré que si ce dernier n'avait pas obtenu l'autorisation expresse du gouvernement d'établir son domicile en France, il devait être considéré tout au moins comme bé-

(1) A rapprocher de cette explication, Evreux, 17 août 1881 (Clunet, 1882, p. 194) qui dit notamment : « Les dispositions législatives qui régissent les successions et qui règlent la capacité de disposer et de recevoir ainsi que la dévolution et le partage des biens, appartiennent au droit civil de chaque nation ».

(2) S. 1835, 2, 378.

(3) Cf. 2^e partie, chap. I^{er}, section III, p. 15.

(4) S. 1852, 2, 289.

(5) M. Pillet est de notre avis sur ce point, *Principes*, p. 359, note 1, *in fine*.

(6) D. 1858, 2, 137.

néficient d'une autorisation tacite. Statuant en matière fiscale, le tribunal de Rouen, le 22 janvier 1864 (1), et le tribunal de Marseille, le 28 mai 1867 (2), se contentèrent d'un domicile de fait pour faire régir par la loi française la succession d'un étranger. Mais la Cour de Cassation, le 12 janvier 1869, cassa le jugement de Marseille, et le même jour, par deux autres arrêts semblables, elle rejeta les pourvois formés contre deux jugements du tribunal de la Seine du 24 août 1867. Par ces trois arrêts la Cour de Cassation affirma que seul un domicile régulièrement autorisé peut soumettre à la loi française la dévolution de la succession mobilière de l'étranger.

Elle devait intervenir dans le même sens, en matière civile cette fois, lors de l'affaire Forgo ; la Cour de Pau ayant rappelé les principes statutaires et affirmé « que c'est le domicile du défunt qui détermine la législation applicable à la dévolution de la succession mobilière et non la nationalité », déclara que Forgo pouvait être considéré comme ayant un domicile légal en France et que par suite la loi française régissait sa succession mobilière. Mais la Cour de Cassation cassa cet arrêt le 5 mai 1875 (3), motif pris de ce que « ces faits tels qu'ils sont constatés ne suffiraient pas à attribuer à Forgo un domicile légal avec les effets juridiques qui y sont rattachés ». Cet arrêt fondamental fixa définitivement la jurisprudence (4), qui se borna à invoquer chaque fois que cela était possible le mécanisme du renvoi de façon à appliquer cependant la loi française.

Avant la loi de 1927, la notion française du domicile, principe de dévolution de succession mobilière des étrangers, était donc rigoureusement celle d'un domicile autorisé dans les formes légales par le Gouvernement. De nombreux auteurs n'hésitaient pas à condamner cette

(1) D. 1865, 3, 13, aff. Armston.

(2) D. 1869, 1, 294, aff. Mélizet.

(3) D. 1875, 1, 343 ; S. 1875, 1, 409.

(4) En particulier, Bordeaux, 24 mai 1876 (S. 1877, 2, 109 ; D. 1878, 2, 79 ; Cour de renvoi, Aix, 27 mars 1890 (D. 1891, 2, 13 ; Pau, 19 avril 1902, Clunet, 1903, p. 875 ; Cassation, 8 mars 1909 (D. 1909, 1, 305, note NAST), et (S. 1909, 1, 65, note LYON-CAEN) (Clunet, 1909, p. 773) ; (*Gaz. trib.*, 28 mars 1909), aff. Greck.

exigence et affirmaient qu'un domicile de fait répondant aux conditions de l'article 102 C. c. devrait suffire dans ce cas comme dans le cas parallèle de la succession mobilière du Français domicilié à l'étranger (1). Ce serait conforme à la tradition de l'ancien droit qui ne connaissait sur ce point aucune sanction territoriale et qui, au xvi^e siècle, s'était même montré extrêmement large dans l'appréciation de ce domicile (2). D'autre part, les nombreux arrêts qui ont statué sur cette matière au xviii^e siècle se sont toujours prononcés en faveur du domicile réel du gentilhomme dans ses terres de province, plutôt qu'en faveur du domicile de dignité qu'il pouvait, à raison de ses charges honorifiques à la Cour, posséder à Paris, même s'il y avait un hôtel particulier.

Il est certain que l'on comprend difficilement la solution imposée par la Cour de Cassation en droit moderne. La jurisprudence dont on a souvent dénoncé à juste titre le nationalisme (3) a, dans le cas si important qui nous occupe, volontairement restreint le domaine de la loi française, alors qu'il eût été si facile et si utile de l'élargir, par l'application normale des vieilles traditions statutaires. Dans quel but la jurisprudence actuelle saisit-elle le prétexte de l'article 13 C. c. pour écarter les règles françaises auxquelles elle s'est efforcée de revenir ensuite par le détour périlleux du renvoi ? Nous n'arrivons pas à le comprendre (4).

(1) ROLIN, I, n° 470 ; DE VAREILLES-SOMMIÈRES, II, n° 937 ; CHAMP-COMMUNAL, p. 392 et 528 ; RENAULT, p. 24.

(2) L'article 2 du titre I de la coutume de Ponthieu disait : « Les meubles suivent le lieu de la coutume où le trépassé meurt » ; l'article 7 de la coutume de Lille « les meubles d'un trépassé suivent le corps et se partissent suivant la coutume du lieu de la maison mortuaire ». Celle de Douai, un peu plus restrictive, décidait (art. 17) « les biens meubles suivent le corps et son principal domicile », de même que celle de Péronne (art. 201) : « les meubles suivent la personne et sont réglés selon la coutume du lieu où le défunt faisait sa demeure ordinaire avec sa famille au temps de son décès, encore qu'il fût décédé en autre lieu » (BOURDOT DE RICHEBOURG, *Coutumier général*, I, p. 81, II, p. 936, 989, 617). Sur les mots « suivent le corps » de l'article 9 de la coutume de Montreuil, Dumoulin s'explique ainsi : « id est domicilium ultimum habitationis defuncti, quod solum debet attendi praesertim in mobilibus ».

(3) BATTIFOL.

(4) NIBOYET, S. 1930, 2, 129.

N° 4. — *Influence de la loi du 10 août 1927.* — Quelles modifications la loi du 10 août 1927 va-t-elle apporter à cette situation ? Tout dépend de l'explication que l'on donne de l'attitude antérieure de la jurisprudence et c'est pourquoi nous avons essayé de l'éclaircir ; si l'on adopte l'opinion du procureur général Baudoin qui voit dans l'application des lois françaises à la dévolution de la succession mobilière un pur droit civil, seuls les bénéficiaires de la réciprocité diplomatique de l'article 11 seront admis à l'invoquer ; il est beaucoup plus probable que la jurisprudence considère au contraire que les étrangers ont droit désormais au domicile en France, et que ce domicile emporte *ipso facto* application de la loi française au régime des meubles, en vertu des anciens principes. Il y a là une occasion extrêmement favorable d'abandonner l'attitude inopportune prise par nos tribunaux, et qui semblait les gêner eux-mêmes ; il est probable qu'ils ne la laisseront pas échapper. De plus cela permettrait de rétablir l'harmonie nécessaire entre le domicile qui régit la succession du Français et celui qui régit la succession de l'étranger. Vraisemblablement la notion du domicile principe de dévolution successorale mobilière sera alors pour eux identique à la notion du domicile principe de compétence successorale, que nous avons étudiée dans notre section VII.

Toutefois, bien que trois ans et demi se soient écoulés depuis la promulgation de la loi du 10 août 1927, nous n'avons découvert aucune décision sur ce point (1).

(1) Les références citées par M^{me} Vinaver-Grunberg en ce sens au Répertoire de Droit international, V^o *Domicile*, § 58 et 118, ne sont pas pertinentes. L'une concerne le jugement de Rouen du 19 décembre 1927 dans l'affaire Mallinson dont nous avons suffisamment parlé, pour savoir qu'il est ici inopérant, ayant statué sur la détermination du domicile après renvoi ; une autre concerne un jugement des Bouches-du-Rhône du 29 mars 1928 (D. H., 1928, p. 362) déterminant simplement la compétence judiciaire successorale dans une succession ouverte avant la loi de 1927 ; une troisième cite le jugement du Lot-et-Garonne du 20 décembre 1927 (Clunet, 1929, p. 422, aff. Rullan y Puig) statuant en matière fiscale, sur une succession ouverte avant la loi de 1927, et dans des termes qui lui ont valu les critiques de M. M.-J. PÉROUD au Clunet ; enfin la quatrième vise le jugement rendu par le tribunal de la Seine, le 7 mars 1929, dans l'aff. Bekmarmartcheff (Clunet, 1929, p. 410, Revue, 1929, p. 297, avec les

C'est en tout cas la solution qu'attend la doctrine (1) et la Société d'Etudes législatives n'a pas manqué de s'en faire l'écho dans son étude de la question N° 73. L'avant-projet de M. Niboyet prévoyait l'insertion au Code civil d'un article 29 ainsi conçu : « Les successions mobilières sont régies par la loi du dernier domicile du défunt, tel qu'il est déterminé par l'article 102-1° ». On jugea inutile ce texte qui ne devait rien modifier à la situation actuelle. « La commission a été unanime, dit M. Niboyet dans son rapport (2), à penser qu'il ne pouvait être question de modifier le système français qui lui a paru pleinement satisfaisant du point de vue des intérêts de notre pays... Lorsqu'un étranger décède en France, sa succession est soumise à la loi française pour ses immeubles situés en France, et aussi pour ses meubles s'il y possède son domicile, ce qui sera le cas de tous les étrangers fixés sur notre territoire, surtout depuis la suppression de l'admission à domicile ». M. Niboyet confirma d'ailleurs ce point dans une réponse à M. Lévy-Ulmann, à la séance du 31 janvier 1930 de l'Assemblée générale (3).

Voilà donc la notion française du domicile en droit international privé lorsque ce domicile doit déterminer la loi qui régira la dévolution de la succession mobilière. Nous avons vu ce qu'elle était pour la succession des Français, il est peu probable qu'elle change, puisqu'il a été spécifié que le port d'attache prévu au futur article 102-2° ne pourrait s'appliquer en ce cas ; quant à la succession de l'étranger, on a exigé jusqu'ici pour la soumettre à la loi française que le défunt soit admis à domicile par le gouvernement. Que deviendra cette notion dans l'avenir ? C'est du domaine de l'hypothèse. Nous pensons qu'elle se calquera sur la notion employée pour la succession des Français et pour la simple ouverture de

conclusions du substitut Chabrier et la consultation de M. de la Pradelle) que nous avons déjà cité et qui statue dans un cas d'apatridie. Ces décisions se bornent donc à reproduire la jurisprudence antérieure.

(1) NIBOYET, p. 842 et S. 1930, 2, 129).

(2) Bulletin, 1928, p. 338.

(3) Bulletin, 1930, p. 89.

la succession. Le jour où le projet de la Société d'Etudes législatives aura été adopté par le Parlement, la jurisprudence aura une notion toute prête du domicile des étrangers, ce sera celle définie et réglementée par le futur article 12 C. c., mais alors renaîtra l'opposition entre le domicile qui fait régir par la loi étrangère la succession mobilière d'un Français, et le domicile qui fait régir par la loi française la succession mobilière d'un étranger.

SECTION X

Le domicile matrimonial

- § 1. — Le domicile matrimonial dans l'ancien droit.
- § 2. — Le domicile matrimonial dans la doctrine moderne ; son rôle, sa définition.
- § 3. — Le domicile matrimonial dans la jurisprudence moderne : son rôle, sa définition (aff. Dagès, Schweisteger, Balsan et autres). Conclusion.
- § 4. — Le domicile matrimonial et la codification projetée.

De toutes les variétés de la notion de domicile en droit français que nous avons étudiées jusqu'ici, celle à laquelle nous consacrons cette section est à coup sûr la plus étonnante et la plus caractéristique. Alors que la différence des domiciles que nous avons présentés précédemment n'a été qu'obscurément pressentie, ici, au contraire, les caractères très particuliers de cette notion ont frappé tous les yeux. A tous, il a paru évident que le domicile, en cette matière, n'était pas un domicile ordinaire, et c'est pourquoi on lui a de bonne heure accolé ce qualificatif distinctif de « matrimonial ». Il est peut-être la plus ancienne variante du domicile normal, celle qui est apparue la première, et qui a pris précisément sa source dans l'existence du droit international privé et dès la naissance des conflits de lois. C'est pourquoi nous consacrons quelques développements à cette conception particulière du domicile, si intéressante à divers points de vue.

L'effet qu'on lui attribue est bien connu, c'est de déterminer, soit par sa seule existence, soit par sa réunion avec d'autres éléments, le régime légal des biens des époux mariés sans contrat et les dispositions supplé-

toires ou autres du contrat de mariage des époux qui en ont établi un. Il ne faut pas confondre ce « domicile matrimonial » avec un autre que l'on appelle parfois du même nom en droit interne, qui est celui visé aux articles 63, 165, 166, 167 et 168 C. c. pour la célébration du mariage. Nous appellerons ce dernier « domicile nécessaire à la célébration du mariage », et nous verrons plus tard s'il s'applique aux étrangers.

§ 1. — *Le domicile matrimonial dans l'ancien droit*

On tente de faire remonter le domicile matrimonial au droit romain. Mais sous l'ancien droit, on avait pour principe de découvrir dans le Digeste toutes les solutions que l'on donnait mille ans plus tard aux difficultés juridiques, et pour cela on se livrait à une exégèse qui aboutissait à une trahison éhontée du sens des lois romaines auxquelles la question avait été de toute évidence parfaitement étrangère. C'est ainsi que les formules que l'on a relevées dans des textes divers et particulièrement à la loi 38 § 3, *ad municipalem et de incolis*, et la loi V *de ritu nuptiale*, Digeste 23 titre 2 : « *domicilium viri est domicilium matrimonii* », « *nuptia mutat domicilium quia statim sequitur domicilium et forum mariti* », « *domicilium mariti, lar est domicilium matrimonii est* », visaient très probablement le domicile de dépendance de la femme, et nullement le régime de biens entre époux.

C'est en 1525, dans son *Consilium* n° 53, donné à l'occasion du régime matrimonial des époux de Ganay, que Dumoulin bâtit cette théorie fameuse qui a résisté depuis quatre siècles aux attaques du temps, aux modifications énormes survenues dans la Société et la législation, et aux critiques des théoriciens.

Le régime légal repose sur une présomption de volonté tacite, il est tout entier soumis à la loi choisie par les époux, et ainsi il peut échapper à la territorialité des coutumes où les biens sont situés. C'était là, on l'a dit souvent, le trait du génie d'un avocat habile. Mais Dumoulin pose en même temps une présomption de la volonté des époux, et une présomption irréfragable : ils sont

censés adopter la coutume de leur domicile matrimonial. Cette théorie, après une période de lutte (d'Argentré soutint, bien entendu, la réalité du statut matrimonial), triomphe complètement au XVIII^e siècle (Froland, Lebrun, Bouhier, Pothier) et rallie même l'opinion des réalistes (Jean Voet).

Mais quelle était la notion du domicile matrimonial dans l'ancien droit ?

L'opinion de Dumoulin, promoteur du système, paraît bien avoir été de considérer comme domicile matrimonial le domicile du mari : « *Qui simpliciter contrahunt in loco sui domicilii, intelliguntur eo ipso contrahere et pascisci secundum mores et consuetudinem notoriam illius loci, nisi aliter expresse caveant* », dit-il dans son consilium 53, dont Boullenois a justement rapproché ce passage du même auteur au chapitre de *Summa Trinitate* : « *Praesumuntur sponsa et facientes pro ea scivisse consuetudinem vel statutum domicilii viri, tum quia notorium, tum per legem, qui cum alio contrahit sequere regulas. Quod si scire, vel taliter pascisci neglexerunt, perinde est ac si scivissent, sibi que imputare debent* », et il cite ces paroles de Mascarbus : (Concl. 7 n^o 67 de *generali statutorum interpretatione*) : « *Contractus hujusmodi, prout sunt matrimonii, fiunt cum magna inquisitione, quae inquisitio tollit praesumptionem ignorantiae* ». Pallamary (p. 126) assure que Dumoulin aurait même dit dans ses notes sur Chasseneuz : « *Inspicietur locus domicilii habitationis viri destinatae tempore matrimonii* ».

Boullenois en tire cette conclusion : (1) « que ce n'est ni le lieu où s'est célébré le mariage, ni le lieu du domicile de la femme lorsqu'elle se marie, qui décide des conventions matrimoniales, mais le seul domicile du mari, et où il emmène sa femme ». En effet, la femme va acquérir le domicile du mari, elle ne peut l'ignorer, elle y consent donc, mais il se peut qu'à ce moment le mari change son ancien domicile pour en adopter un nouveau, et c'est alors ce dernier qui sera le domicile matrimonial, généralement marqué par le fait que les époux vont aller s'y

(1) Traité, II, p. 107.

établir. « Si le mari s'étant marié dans le lieu du domicile de sa femme, dit encore Boullencis (1), y établissait à l'instant son propre domicile, ce lieu dès ce moment deviendrait celui du domicile matrimonial, non pas parce que c'est le domicile de la femme, mais parce que le mari l'aurait choisi pour sien ». Il cite dans ce sens : Alexandre (Cons. 100, Liv. 3) ; Decius (Cons. 19 et 402), Tiraqueau (*de lege connubii* gl. 2 n° 45), Lebrun (successions Liv. II, chap. 2 sect. 7 n° 13), Garcias (*de impensis et acquestis* n° 140 ss.), et enfin Bœrius qui dit sur la coutume de Berry (*de consuetudine matrimonii* § 4) : *sed communis sententia non habet locum si maritus contraxit matrimonium in domicilio uxoris, eo consilio ut ibi vivat et moriatur* ».

Dans ses Dissertations (2) Boullenois avait déjà émis une opinion analogue : « Cela ne fera pas de difficultés quand les deux conjoints avaient tous deux, au jour de leur mariage, leur domicile dans une même coutume. Mais examinons le cas où les conjoints au jour du mariage auront des domiciles séparés ; il n'y a point de difficultés que la loi du domicile matrimonial, c'est-à-dire celle où *les conjoints vont immédiatement après leur mariage fixer leur domicile*, sera celle qui fixera l'état des conjoints parce qu'ils sont présumés avoir adopté la loi du lieu où ils avaient l'intention de fixer leur domicile ». Et l'auteur précise par cette citation essentielle : « *et sic animi destinatione, matrimonium videtur contractum in domicilio mariti* ».

Pallamary cite (p. 126) un arrêt en ce sens de la Cour Souveraine de Lorraine du 4 juillet 1734 : deux époux s'étaient mariés sans contrat à Orléans, puis s'étaient, aussitôt après la célébration, fixés en Lorraine ; la Cour, lors de la dissolution, appliqua au règlement des droits pécuniaires des époux, la coutume de Lorraine et non celle d'Orléans.

Ferrière dans son commentaire sur l'article 240 de la coutume de Paris (3) rapporte l'arrêt rendu en l'audience

(1) II, p. 262.

(2) P. 112.

(3) III, p. 525, glose 1, n° 5 et 6.

de la grande Chambre le 8 janvier 1632, dans l'affaire d'un certain Pompée Opérateur. On jugea que les époux italiens d'origine, et mariés en Italie, n'étaient pas communs en biens malgré l'acquisition postérieure d'un domicile à Paris : « car les droits des conjoints se doivent régler suivant leurs conventions matrimoniales, et, au défaut d'icelles, selon les lois du lieu du domicile des conjoints, et où le mariage a été célébré ; que si le mariage avait été célébré en coutume de communauté sans contrat de mariage, quoiqu'entre étrangers, la communauté aurait lieu par la raison que les étrangers sont capables en France des droits et privilèges attribués aux mariages par les lois et coutumes du royaume » ; ce qui ne paraît pas exactement conforme à la théorie des spécialistes des questions mixtes.

Bouhier a en effet prétendu comme Boullenois que le domicile matrimonial était celui du mari (1) ; il assure que cette solution « a paru la plus raisonnable à nos meilleurs auteurs » et il cite : Dumoulin, Lebrun, Espiard Auroux, Froland (2), Boullenois, Roland à Valle, Tiraqueau, Lamoignon. Il envisage lui aussi (p. 389) le cas « où immédiatement après le mariage des conjoints iront demeurer dans un domicile qui n'était pas auparavant ni celui du mari, ni celui de la femme, et où la coutume se trouve différente de celle sous laquelle ils vivaient l'un et l'autre. Regardera-t-on ce troisième domicile comme le vrai domicile matrimonial ? » Lebrun qui a posé la question ne l'a pas nettement résolue. Bouhier craint, comme lui, que le transfert inopiné ne cache une fraude de la part du mari ; on peut légitimement présumer que la femme a pu s'enquérir de la coutume du précédent domicile de son mari, et qu'elle en a accepté tacitement les dispositions, « mais quand il la mène dans un autre domicile qui est régi par une loi moins avantageuse pour elle, on ne saurait lui imputer la même chose, elle a, au contraire, lieu de se plaindre qu'on a abusé de sa bonne foi et de sa simplicité ».

(1) I, p. 385, chap. XXI.

(2) Mémoires, I, p. 250, 267.

Ceci semble bien indiquer que l'intention de la femme concourt elle aussi à la détermination du domicile matrimonial, et que si la volonté du mari est toute puissante, c'est parce qu'on lui suppose une adhésion tacite de la femme. La preuve en est que, dans ce cas, Bouhier fait tomber la présomption : « de tout cela Lebrun conclut que ce cas dépendait des circonstances particulières du fait. Mais je crois qu'il aurait pu aller plus loin, et résoudre qu'en ce cas il faut toujours régler les droits de la femme par la coutume où elle devait naturellement présumer que son mari fixerait son domicile, c'est-à-dire celui qu'il avait avant son mariage ».

Ces réflexions sur ce cas particulier ont acquis, nous le verrons, une extrême importance à propos du droit contemporain.

Basnage a reproduit sur ce point l'opinion courante : (1) « l'opinion la plus commune et la plus suivie est qu'il faut considérer la loi du domicile du mari » ; « car la femme acquiert par le mariage le domicile de son mari » ; et encore (2) : « suivant les arrêts du Parlement de Paris, rapportés par M. Louet et son commentateur, le droit de communauté se règle par la coutume du domicile que le mari avait lors de son contrat de mariage ».

Bourjon s'exprime ainsi dans son commentaire sur la coutume de Paris (3) : « Lorsqu'il n'y a pas eu de contrat de mariage et que le mari a un domicile, c'est la loi de son domicile qui régit la communauté, et qui détermine s'il y a ou non communauté de biens entre les conjoints, abstraction faite du lieu de la célébration ».

Lebrun (4) définissait le domicile matrimonial : « Domicile que les époux se sont destinés en se mariant », et Pothier (5) l'admet pareillement au sujet des époux étrangers. Les auteurs de droit civil avaient donc sur ce point les mêmes conceptions que les auteurs de conflits.

Enfin le système du domicile matrimonial avait été

(1) I, p. 535.

(2) I, p. 542.

(3) I, p. 508.

(4) Communauté, I, chap. II, n° 42.

(5) Communauté, n° 16.

consacré par quelques textes : Ricaud (1) cite en particulier les articles 147 et 148 de la Coutume réformée de Bourgogne, ainsi conçus : article 147 : « a lieu cette coutume en tous mariages qui seront faits entre gens résidents au dit Duché ores qu'ils fussent faits et accordés hors icelui, pourvu que le mari, au temps du traité, fit sa résidence au dit Duché » ; article 148 : « encore que la femme fut mariée hors du duché, toutefois si elle est menée au domicile du mari résidant en Bourgogne, elle sera réputée mariée selon ladite coutume, comme si le traité y eût été fait et passé ».

Denisart a résumé d'ailleurs la doctrine et la jurisprudence dans son Répertoire (2) où il cherche à quelles marques il se reconnaît. C'est d'après sa définition : « *le domicile où les époux projettent de s'établir après le mariage* ». Il critique justement ceux qui, en le nommant « domicile du mari » ou « domicile où les époux se marient », risquent de créer des erreurs et des confusions.

Il est certain que l'on recherche uniquement en principe l'intention du mari, qui s'établira « à défaut de preuves entières et complètes par de simples présomptions tirées des circonstances extérieures et postérieures à la célébration du mariage ». Si, par exemple, le mari amène sa femme à son ancien domicile, c'est une présomption suffisante. Mais si les deux époux vont s'établir ailleurs, il faut chercher si cet établissement résulte de *la volonté commune des époux au moment du mariage* ou simplement de la volonté subséquente du mari. Dans le premier cas seulement le nouveau domicile sera considéré comme domicile matrimonial, dans le second il faudra rechercher « quel est le lieu où ils avaient dessein de s'établir quoiqu'ils ne s'y soient pas établis ».

On voit quel est le rôle de la volonté commune des époux. Un trait particulièrement remarquable, c'est que cette volonté suffit indépendamment de tout élément de fait ; nul auteur n'y contredit, et Denisart l'affirme de la façon la plus formelle : « L'intention de s'établir en

(1) P. 98.

(2) § 1, nouvelle édition, tome VI, p. 685.

tel endroit constitue *seule* le domicile matrimonial. Quand même par événement, les époux n'y feraient aucun domicile réel, il n'en serait pas moins leur domicile matrimonial ». Ce sera le cas par exemple si l'un des deux époux vient à mourir le jour même du mariage. Denisart cite un autre exemple un peu moins exceptionnel : un gentilhomme achète une charge de conseiller au Parlement de Paris, le 4 janvier, puis le 5 janvier il épouse une jeune fille de la coutume de Meaux, dans ce pays, il est bien évident qu'il a l'intention d'aller avec elle s'établir à Paris où il aura loué un hôtel ; mais le 6 janvier, il apprend que son oncle Conseiller au Parlement de Nancy vient de mourir ; il fait aussitôt des démarches, renonce à son poste de Paris, obtient la charge de son oncle, et le 10 il va s'établir avec sa femme à Nancy, sans avoir jamais habité Paris. Il sera néanmoins marié sous le régime de la coutume de Paris qui est bien le lieu de son domicile matrimonial.

Merlin est un peu moins précis (1). « Le contrat de mariage est toujours censé passé, non dans le lieu où le mariage se célèbre, mais dans celui où les époux en le célébrant fixent leur domicile, qu'on appelle pour cette raison le domicile matrimonial ; c'est par la loi de ce lieu qu'on interprète les conventions matrimoniales et qu'on y supplée, s'il n'en a pas été rédigé par écrit ». Il explique ainsi cette application de la loi étrangère. « Ce n'est pas comme loi que vaut la loi étrangère, mais comme convention », et cite un arrêt du Parlement de Paris du 8 avril 1718, rendu conformément aux conclusions de Lamoignon.

§ 2. — *Le domicile matrimonial dans la doctrine moderne*

On voit donc, par cet examen, quelle était la très curieuse et très spéciale notion du domicile matrimonial dans l'ancien droit.

Nº 1. — *Son rôle.* — Si nous passons maintenant au droit moderne, nous voyons que le domicile matrimonial

(1) Loi, § 6.

est encore invoqué dans les questions de régime des biens entre époux. Quelle est la place qu'il y occupe aujourd'hui ? En fait le véritable système de Dumoulin, présomption irréfragable en faveur du domicile du mari, n'est plus adopté intégralement par personne. On s'en tient au principe qu'il a formulé : le régime légal découle d'une convention tacite des époux. On recherche quelle a été la volonté plus ou moins apparente des époux ; certains auteurs ont conservé le domicile matrimonial à titre de présomption, mais n'accordent plus à cette présomption qu'un caractère relatif, *juris tantum* (1) ; d'autres ont aboli toute présomption et veulent se contenter des éléments de fait où le domicile tiendra sa place, mais sans aucune prépondérance (2) ; d'autres enfin ont attribué le caractère de présomption simple à la loi nationale du mari qui supprime ainsi celle du domicile en cette matière comme dans le statut personnel (3).

Quelques auteurs, et des plus récents, ont même soutenu que le régime légal ne reposait nullement sur une convention tacite, et que l'autonomie de la volonté, traditionnellement reconnue aux parties, dans ce domaine, devait être enserrée dans les étroites limites que lui assigne la loi nationale des époux ; ainsi les époux mariés sans contrat seraient finalement soumis au régime légal organisé par la loi nationale du mari, et le domicile n'aurait plus la moindre importance (4).

(1) SAVIGNY, VIII, p. 323 ; DEMOLOMBE, I, n° 87 ; AUBRY-RAU, II, p. 106 et V, p. 275, § 504 ; RODIÈRE et PONT, p. 25 ; GUILLOUARD, I, p. 312, n° 337 ; CACHARD, Clunet, 1885, p. 283 ; RIVIER SUR ASSER, p. 112 ; PALLAMARY, p. 185 ; ARNTZ, III, p. 281 et ss.

(2) BARILLET ; LAURENT ; DEMANGEAT ; KELLY ; DEGLIN ; RICAUD ; PAQUY ; SURVILLE et ARTHUYS, et de BOECK qui les cite, D. 1888, 2, 165.

(3) WEISS, III, p. 633 ; DESPAGNET, FERRAUD-GIRAUD, DURAND, ROUGELOT-DE-LIONCOURT, cités par de BOECK *ead. loc.* ; DEMANTE, DURANTON, TROPLONG, VALETTE, cités par LOISEAU, p. 296.

(4) BARTIN, D. 1898, 2, 457 ; NIBOYET, p. 831 ; ROLIN, I, p. 751 et ss. ; ASSER, p. 42, désavoué en note par RIVIER ; DE VAREILLES-SOMMIÈRES, II, p. 232 qui voit dans le régime matrimonial un « statut personnel conditionnel » ; CALEB ; LOISEAU cite également en ce sens, p. 295 ; MASSÉ, ODIER, n° 47 à 51 ; FOELIX, n° 20, 27 et 66 ; RENAULT. Ces auteurs, qui critiquent plus vivement que les autres le système jurisprudentiel à cause des incertitudes qu'il entraîne, déclarent hautement que le système ancien

L'importance du domicile dans ces différentes théories apparaît considérablement réduite par rapport à l'ancien droit. De plus, il semble bien que le domicile qui sert d'élément d'appréciation de la volonté tacite des parties, soit lorsqu'il s'agit de dégager cette volonté en dehors de toute présomption, soit lorsqu'il s'agit de combattre la présomption établie en faveur de la loi nationale, ce n'est plus le « domicile matrimonial », mais un domicile différent, très probablement le domicile de droit commun. C'est ce que précise formellement Loiseau (1) qui adopte un de ces systèmes.

N° 2. — *Sa définition.* — En tout cas, dans la mesure où il subsiste, quels sont les éléments du domicile matrimonial chez les auteurs qui ont défini cette notion ?

Loiseau a parfaitement reconnu qu'il s'agissait là d'un domicile différent du domicile ordinaire, et il a consacré à son étude quelques pages excellentes (2). Il en conclut que c'est « le lieu où les époux *se proposent* de s'établir après le mariage pour y fixer le siège de l'association conjugale » ; Brocher (3) le définit « le domicile que *les futurs époux semblent adopter* pour y fixer leur existence commune », et ajoute « la prépondérance de leur existence commune », et ajoute « la prépondérance du mari comme chef de l'association fait considérer comme siège futur de l'union conjugale, le domicile qu'il occupe au moment de la célébration ou celui qu'il *se propose* d'occuper plus ou moins immédiatement après ». « Sous ce nom on désigne, dit Weiss (4), le lieu qui doit être le *siège futur* de l'association conjugale ; ce sera le plus souvent le domicile du mari au jour de la célébration » ; pour Cachard (5), « *c'est l'intention des parties* de s'établir dans un endroit qui détermine le domicile conjugal, et cette intention est manifestée par

(présomption en faveur du domicile du mari) avait au moins l'avantage de la netteté.

(1) P. 309.

(2) P. 305-308.

(3) II, n° 183, p. 147.

(4) III, p. 631, note 2.

(5) Clunet, 1885, p. 283.

le lieu où les époux se décident à demeurer après leur union ». De Vareilles-Sommières définit ainsi le domicile matrimonial (1) : « le lieu où les époux ont dessein au moment du mariage de s'établir et de fixer leur foyer » ; et de Boeck, « le lieu qui doit être le siège futur de l'association conjugale, en fait le plus souvent le domicile du mari au jour de la célébration du mariage (2) ».

Pallamary (3) s'explique longuement à son sujet : « Nous entendons par là, non pas le domicile du mari au moment de la célébration du mariage, mais celui où les époux *se proposent* de fixer le siège de leur association, et où ils l'établissent en effet après le mariage..... le plus souvent ce sera le domicile du mari lors du mariage, mais il est possible que les époux ne fondent que plus tard un domicile. Quoiqu'il en soit, c'est au premier domicile qu'il faut s'attacher ». De même Asser (4) : « C'est le premier lieu où les époux se sont établis de manière à y fixer le siège de l'association conjugale. Le plus souvent sans doute, ce sera le domicile du mari au moment même du mariage, mais ce n'est point nécessaire, il est fort possible que les époux ne fondent un domicile que plus tard ».

Cette dernière définition paraît accorder à la volonté une place sensiblement moins grande que les précédentes. De nombreux auteurs modernes (5) exigent en effet que le fait vienne en cette matière, comme dans le domicile de droit commun, corroborer l'intention. Ceci est certainement contraire aussi bien à la tradition de l'ancien droit qu'à la logique du système ; le fait d'un domicile accidentel et imprévu ne peut pas être tenu comme révélateur de la commune intention des époux tandis que l'intention d'un domicile non réalisé est parfaitement pertinente et suffit pleinement pour le but que l'on se propose d'atteindre à l'aide de ce moyen d'inves-

(1) II, p. 232.

(2) D. 1887, 2, 121.

(3) P. 185.

(4) P. 109.

(5) AUBRY et RAU (V, p. 106) ; DEMANGEAT (p. 377) ; GUILLOUARD (I, p. 312) ; RODIÈRE et PONT (p. 25) ; SAVIGNY (VIII, p. 323).

tigation. Aussi Barde (1), Coin-Delisle (2) et Bennet (3) ont-ils eu tout à fait raison de soutenir que le projet des époux de fixer en un certain lieu leur domicile pouvant n'être jamais réalisé, le domicile matrimonial peut s'acquérir par l'intention seulement.

Loiseau (4) et Bennet (5) ont très facilement montré en quoi cette notion doctrinale différait de la notion classique du domicile de droit commun. La volonté y joue un rôle particulier et prépondérant, puisque le fait n'intervient que comme preuve de l'intention, et non comme élément du domicile, tandis que l'article 102 exige un fait et une intention équivalents, inséparables et simultanés ; celui-ci définit le *locus habitationis statutæ*, celle-là constitue à elle seule le *locus habitationis destinatae*. D'autre part, le domicile matrimonial ne s'établit qu'une seule fois, ou tout au moins à raison d'une fois par mariage, tandis que l'on peut acquérir successivement un nombre illimité de domiciles ordinaires ; enfin le domicile matrimonial exige le concours de la volonté des deux époux (quitte à présumer parfois celle de la femme), tandis que l'article 108 C. c. a donné au mari le droit de transporter à son gré le domicile commun.

La vieille notion de domicile matrimonial a donc perdu chez les auteurs modernes une bonne partie de sa précision et de ses caractères particuliers, en même temps qu'elle perdait de son importance, et peut-être à cause de cela.

§ 3. — *Le domicile matrimonial dans la jurisprudence moderne*

Mais il suffit de jeter un coup d'œil sur la jurisprudence pour constater que l'influence du domicile matrimonial y est restée beaucoup plus vivace dans la doctrine.

(1) P. 88.

(2) Revue critique, 1885, II, 202.

(3) P. 141.

(4) P. 308.

(5) P. 140.

N^o 1. — *Son rôle.* — La théorie qui rattache le régime des biens au statut personnel n'y a eu aucun écho, celle qui pose la loi nationale comme une présomption de la volonté des parties n'a été qu'assez peu suivie ; la grande majorité des arrêts s'en tient à la recherche pure et simple de la volonté des parties (1) d'après les éléments de la cause, elle ne manque jamais de considérer le « domicile matrimonial » dans le sens spécial de ce terme, et même le système de la présomption qui lui était attachée a toujours conservé des partisans résolus même jusqu'à nos jours (2).

N^o 2. — *Sa définition.* — Que le domicile matrimonial soit un élément prépondérant ou un élément secondaire dans la détermination à la volonté des époux, sa définition est la même dans les deux cas, et c'est cette définition que nous allons maintenant nous efforcer d'élucider à travers une copieuse jurisprudence.

Affaire Dagès. — Un des premiers arrêts que nous avons relevés, et qui est aussi un des plus importants, est celui rendu par la Cour de Pau le 29 août 1835 (3) : « attendu, y est-il dit, qu'il est de principe reconnu par les auteurs anciens et nouveaux les plus recommandables, ainsi que par une jurisprudence constante, que la législation applicable aux intérêts civils d'un mariage est celle du lieu où les époux vont établir leur domicile immédiatement après le mariage, et où il appert qu'ils ont l'intention de fixer le centre de leurs affaires et d'élever leur famille ; que ce domicile est qualifié de matrimonial et

(1) Cassation, 9 mars 1891, S. 1893, 1, 457, aff. Favier.

(2) Conf. WEISS, p. 639, note 3, nomenclature des arrêts qui ont appliqué au régime des biens entre époux la loi du domicile matrimonial ; p. 641, note 2 et 642, notes 1 et 2, nomenclature des arrêts qui ont appliqué en ce cas la loi nationale des époux ou du mari ; conf. également PILLER qui présente en note au S. 1896, 2, 273 une synthèse de la jurisprudence sur ce point : 1804-1855, présomption quasi-irréfragable en faveur du domicile matrimonial ; 1855-1879, incertitude, le domicile perd de son importance ; 1879-1896, recherche de la volonté, le domicile n'en est qu'un élément, mais toujours consulté avec soin.

(3) Rapporté sous l'arrêt de rejet de la Chambre des Requêtes du 29 décembre 1836, S. 1837, 1, 437.

résulte des diverses circonstances qui s'y rattachent, qu'il est par conséquent distinct des domiciles antérieurs des époux et du lieu même où le mariage a été contracté, dont les lois qui les régissent ne doivent être prises en aucune considération ; ... attendu qu'il s'évince de ces divers faits et circonstances (malheureusement non rapportés au texte) que les époux Dagès, qui résidaient déjà à Caravanchel (Espagne) avant leur mariage en 1809, et qui continuèrent à y résider postérieurement avec l'intention de se fixer dans cette localité où ils devaient exercer leur industrie, et où se trouvaient tous leurs moyens d'existence, indiquèrent par là qu'ils entendaient établir dans ce pays leur domicile matrimonial, sans qu'il fût nécessaire pour cela que Dagès eût ou non perdu son domicile d'origine et sa qualité de Français ».

La Cour a donc défini très complètement la notion du domicile matrimonial et elle n'a pas hésité à l'appliquer au régime des biens de deux époux français mariés à l'étranger, pour conclure que ce domicile se trouvait à l'étranger.

Affaires diverses. — La Cour de Lyon rendit le 20 février 1839 un arrêt analogue (1) : « attendu que dans l'ancien droit, il était de principe constant que la loi qui régissait en ce cas les époux était celle du domicile conjugal, qu'on considérait comme tel le lieu que les époux, au moment de leur union, avaient en effet fixé pour y vivre après la célébration du mariage ; qu'il est également constant que dans les anciens principes, cette question d'intention et de fait se décidait par les circonstances dont l'appréciation était soumise à la conscience des magistrats » (celles de la cause ne sont pas rapportées).

Deux autres arrêts de Cassation avaient confirmé cette doctrine, reproduction assez fidèle de l'ancien droit, le 7 février 1843 (2) et le 25 janvier 1843 (3).

A propos du domicile matrimonial d'un Anglais en

(1) Rapporté sous l'arrêt de rejet de la Chambre civile du 29 juin 1842 (S. 1842, 1, 975).

(2) S. 1843, 1, 282.

(3) S. 1843, 1, 247.

France, le tribunal de la Seine avait décidé le 17 janvier 1849 « que le domicile matrimonial, suivant l'opinion même des auteurs invoqués par la Veuve Lloyd, est le lieu où le mari mène sa femme, et va s'établir immédiatement avec elle après la célébration du mariage ». L'arrêt infirmatif de la Cour de Paris, le 3 août 1849 (1), fut beaucoup moins net sur le point qui nous occupe, il affirma seulement que le défaut d'admission à domicile ne met pas obstacle à ce que l'étranger acquière en France un domicile matrimonial, qui soumettra les biens des époux au régime de la communauté.

C'est cette même solution que consacre à nouveau la même Cour le 15 décembre 1853 (2). Cet arrêt, comme le précédent, prend prétexte du domicile de fait du mari étranger en France, pour lui prêter l'intention d'adopter le régime français, sans que le domicile en question présente les caractères spécifiques du domicile matrimonial.

Affaire Schweisteger. — Nous devons citer, pour montrer un exemple des difficultés auxquelles peut donner lieu la mise en œuvre du système du domicile matrimonial, l'affaire tranchée le 7 juin 1854 par la Cour d'Angen (3). La Cour commença par poser le principe habituel : « que les effets civils du mariage doivent se régler non par la loi du lieu où le mariage a été célébré mais par celle du domicile matrimonial s'il en existe un, c'est-à-dire si les époux en ont choisi un immédiatement après la célébration, et, à défaut de ce domicile, par celui du mari ».

Or, il fut impossible de déterminer dans l'espèce ni le domicile matrimonial des époux, ni le domicile réel du mari, ni même son domicile d'origine. En effet Bertholon Schweisteger, fils d'une mère allemande et d'un père bavarois au service du roi de France dans le 18^e dragons,

(1) D. 1849, 2, 182, S. 1849, 2, 420.

(2) S. 1854, 2, 105, D. 1855, 2, 192, aff. Breul.

(3) Rapporté sous l'arrêt de rejet de la Cour de cassation du 21 février 1855 (D. 1855, 1, 55).

était né le 26 novembre 1747 à Vitrey, en Franche-Comté, où ses parents résidaient accidentellement pendant que la majeure partie de la garnison se trouvait à Colmar. Il est inutile de dire qu'il ne retourna jamais plus au pays où il était né. Dès l'âge de 10 ans, le jeune Schweisteger fut incorporé dans le régiment paternel. En 1791, il était parvenu au grade de sous-lieutenant et se trouvait en garnison à Narbonne ; c'est alors qu'il épousa la fille de l'un de ses camarades du 18^e dragons ; Jeanne Fabricius. Il fut mis à la retraite en l'an IX et mourut en 1810. Ce n'est qu'à la mort de sa veuve, en 1852, que ses trois enfants demandèrent la liquidation du régime matrimonial de leurs parents, les uns voulant y appliquer le droit écrit, en vigueur à Narbonne, les autres la coutume de Bourgogne, province où leur père était né.

La Cour décida alors avec raison : « que la qualification d'enfant de troupe ne saurait convenir à une personne mieux qu'à Schweisteger, fils d'un soldat, soldat lui-même à 10 ans et pour qui le corps où il servit constamment pendant trente-huit ans sans en sortir était tout à la fois sa patrie et sa famille ; qu'autrefois, comme aujourd'hui et par suite de leur origine, les enfants de troupe n'avaient pas d'autre domicile que le drapeau, et que rien n'était plus naturel ni plus conforme à la vérité ». En conséquence la Cour a décidé que le domicile réel de Schweisteger était au 18^e dragons, que son domicile d'origine s'y trouvait aussi, puisque son père y était en service lors de sa naissance, qu'enfin sa femme elle-même y était pareillement domiciliée puisqu'elle était mineure au moment de son mariage et que son père se trouvait au même régiment. Par suite la Cour décida que c'était le droit écrit, en vigueur au lieu de la célébration du mariage et au domicile des deux époux, qui devaient régir leurs conventions matrimoniales. La cour de Cassation reprenant soigneusement, le 21 février 1855, l'argumentation de la Cour d'Agen, l'approuva sur tous les points.

Affaires diverses. — Le tribunal de Marseille, le 19 août

1880 (1), rappela que le domicile matrimonial « est déterminé par l'intention qu'avait le mari, au moment de la célébration du mariage, de fixer l'établissement de la famille dans tel ou tel lieu, et où il l'a en réalité constitué ». Mais contrairement à la jurisprudence antérieure, le tribunal déclara que lorsque l'étranger n'a pas été autorisé à domicile par le Gouvernement, il y a présomption en faveur de la conservation du domicile sur le territoire national « si l'on ne prouve pas qu'il avait lors de la célébration du mariage, l'intention de transférer son domicile ailleurs que dans son pays ». Dans ce cas c'est à celui qui prétend que le domicile matrimonial a bien été fixé à l'étranger à faire la preuve de l'intention du mari en ce sens.

Sans exiger un domicile autorisé, le même tribunal de Marseille, le 13 août 1885 (2), affirma cependant qu'il fallait que l'établissement des époux en France revête une importance de fait qui le distingue d'une simple résidence. Or, en l'espèce, à l'époque du mariage le mari était garçon d'hôtel, habitant une chambre meublée et sa femme était une petite ouvrière tailleuse.

Le 26 juillet 1886, la Cour de Pau rendait encore un arrêt où l'application de la loi du domicile matrimonial était posée en principe (3) précisant « que par domicile matrimonial on doit entendre non le domicile actuel ou antérieur de l'un ou l'autre des époux, non le lieu où se célèbre le mariage, mais celui où les époux veulent s'établir après sa célébration ». C'est pourquoi, alors que les époux s'étaient mariés au Pérou où ils résidaient tous deux, la Cour fixa leur domicile matrimonial en France, où ils s'étaient rendus immédiatement et où ils avaient pris soin de faire transcrire leur acte de mariage.

De même le 28 mai 1900 (4) la Cour de Caen restait, elle aussi, fidèle au principe traditionnel : « considérant

(1) Confirmé par la Cour d'Aix le 7 février 1882 et, rapporté avec cet arrêt, S. 1883, 2, 110, aff. Bec).

(2) Confirmé par adoption de motifs par la Cour d'Aix le 15 février 1886 et rapporté avec cet arrêt, Clunet, 1888, p. 395, aff. Roggero.

(3) D. 1887, 2, 63 ; S. 1887, 2, 127, Clunet, 1889, p. 117, aff. Cohe.

(4) Clunet, 1900, p. 982.

qu'en l'absence de tout contrat réglant les conditions civiles du mariage contractées entre personnes de nationalité différente, c'est la législation du domicile matrimonial qu'il convient d'appliquer, c'est-à-dire la législation du lieu où *ce domicile a été fixé dans l'intention du mari lors du mariage* ; que les parties n'ont articulé aucun fait d'où puisse résulter d'une manière certaine *l'intention des futurs époux* de fixer leur domicile ailleurs qu'à Cherbourg où était le domicile du mari ». En fait, la Cour s'est montrée exagérément difficile au sujet de cette intention, sans doute pour conserver la communauté légale au Français dont il s'agissait en l'espèce.

Affaire Balsan. — Dans une affaire Hilarion Balsan la Cour de Montpellier, le 25 avril 1904 (1), se trouva dans l'impossibilité de déterminer avec certitude le domicile matrimonial. Les époux s'étaient mariés le 7 juin 1898 à New-York où le mari possédait une usine prospère et d'où la femme était originaire ; aussitôt le mariage célébré, les époux vinrent habiter Millau, lieu de naissance du mari. En octobre 1900, ils étaient repartis en Amérique d'où Vincent revint seul à Millau en juin 1901, laissant aux Etats-Unis sa femme qui s'y plaisait davantage. Quatre mois plus tard il partait la rejoindre, liquidait son commerce et, se sentant malade, revint avec sa femme en septembre 1902 à Millau où il mourut le 16 avril 1903, sans avoir fait transcrire son mariage en France.

La Cour en conclut : « qu'il est téméraire d'affirmer qu'au moment du mariage, les époux Balsan, le *mari comme la femme*, aient eu le projet bien arrêté d'établir à Millau leur domicile matrimonial ; il est au contraire conforme à la réalité des choses d'admettre que tous deux réservèrent alors leur choix ». C'est pourquoi la Cour a dû abandonner le critérium du domicile matrimonial et faire appel à d'autres éléments pour déterminer la volonté des époux quant à leur régime.

Affaire Potocki. — La même difficulté se retrouva le

(1) Rapporté au D. 1906, 1, 70 et S. 1909, 1, 97, note APPERT avec l'arrêt de rejet de la Cour de cassation du 18 juillet 1905.

26 juillet 1910 (1) devant la Cour de Paris, qui avait à déterminer le régime légal du russe Potocki et de sa femme italienne, mariés en Angleterre sans contrat. En effet les époux résidaient en France lors de leur fiançailles, mais en novembre 1870, ils quittaient la France envahie et allaient se marier à Londres d'où ils ne revinrent qu'un peu plus tard. Il était donc douteux qu'ils aient eu, au moment du mariage, l'intention de rester en Angleterre et tout aussi douteux qu'ils aient eu l'intention de revenir en France où les événements étaient si agités, et dont ils avaient soin de se tenir à l'écart, d'autant plus que leur fortune exclusivement mobilière n'était pas attachée en France.

Affaires diverses. — Dans l'affaire Sartore (2), le tribunal de Mortagne, le 6 avril 1911, avait posé en principe la recherche pure et simple de l'intention des époux à l'aide de tous les éléments de la cause; la Cour de Caen rectifia ce jugement le 15 janvier 1912, en déclarant qu'il fallait soumettre les biens des époux à la législation de leur domicile matrimonial, *du domicile que les époux se sont destinés en se mariant*. L'opposition apparaît ici bien nette entre les deux théories; l'une détermine la volonté des époux par le domicile, l'autre détermine le domicile par la volonté des époux.

Le 12 mars 1921 (3), le tribunal de la Seine affirmait encore la prépondérance du domicile matrimonial, c'est-à-dire du « lieu où les époux *se proposaient* de fixer le siège de leur association conjugale ». De même le tribunal de Marseille le 3 juin 1927 (4). Par contre le tribunal de Versailles, le 15 mai 1924 (5), au lieu d'appliquer au domicile matrimonial la notion courante en fit un domicile de fait exactement semblable aux autres et qu'il apprécia très rigoureusement; il semble que cette confusion ne soit pas volontaire.

(1) D. 1912, 2, 25, S. 1912, 2, 171.

(2) S. 1913, 2, 244; D. 1914, 2, 183, Clunet, 1914, p. 217.

(3) Gaz. trib., 22 février 1922.

(4) Clunet, 1928, p. 1017.

(5) D. H., 1924, p. 448, aff. Gould c. Kelly

Enfin un jugement fiscal du tribunal du Lot-et-Garonne rendu le 20 décembre 1927 (1) s'attache encore au principe du domicile matrimonial qu'il fixe en fonction de l'intention des époux. Dans l'espèce le mari, après s'être marié aux Baléares, était immédiatement revenu avec sa femme exploiter en France le commerce qu'il y possédait déjà auparavant.

N° 3. — *Conclusion.* — On voit qu'exception faite de quelques flottements dus à la confusion entre le domicile matrimonial et le domicile ordinaire, la jurisprudence a conservé dans ses grandes lignes la tradition de l'ancien droit. Cependant la notion du domicile matrimonial qu'elle nous restitue n'est pas intacte ; on y marque bien encore le caractère spécial et prépondérant de la volonté, mais, outre une légère indépendance accordée à la volonté de la femme, on y joint un élément matériel dont la présence semble être considérée, en droit moderne, comme essentielle. Nous n'avons relevé aucune décision où la volonté ait constitué à elle seule le domicile matrimonial (sauf peut-être celles qui ont fixé ce domicile à l'étranger à défaut d'autorisation gouvernementale, mais, dans ce cas, il ne s'agit pas d'une volonté manifestée, mais bien d'une simple présomption qui porte sur le fait autant que sur la volonté), et nulle part nous n'avons trouvé même la simple affirmation de cette possibilité.

Le domicile matrimonial pour la jurisprudence actuelle semble donc être le lieu où les époux ont la commune intention, au moment du mariage, d'établir le siège de leur vie conjugale et de leur activité, et où ils l'ont effectivement établi. Cette commune intention pourra être recherchée dans les événements antérieurs, concomitants ou postérieurs au mariage, révélateurs de l'intention des époux, non pas certes au moment où ils se produisent mais au moment de la célébration. Denisart adoptait déjà cette solution.

Le domicile matrimonial est appliqué par la jurisprudence aussi bien au régime des Français entre eux qu'à

(1) Clunet, 1929, p. 422, aff. Rullan y Puig.

celui entre Français et étrangers, et à celui des étrangers entre eux, ainsi qu'on a pu le constater au cours de notre examen de la jurisprudence. D'autre part, lorsqu'il s'agit d'étrangers, l'autorisation à domicile ne leur est pas nécessaire pour l'acquisition de ce domicile particulier, cela ressort indubitablement aussi bien de la logique de la théorie que des arrêts que nous avons rapportés, et les décisions qui ont semblé attacher une présomption au domicile autorisé sont restées sans écho.

§ 4. — *Le domicile matrimonial et la codification projetée*

La notion héritée de l'ancien droit, si elle subsiste à l'heure actuelle, ne subsiste pas sans changement. Or, on se propose aujourd'hui, sous couleur de la consacrer, en réalité de l'anéantir.

En effet, le projet étudié par la Société d'Etudes législatives dans la question 73, prévoit la réglementation législative du régime des biens entre époux en droit international privé.

Il est piquant de constater qu'en 1909, la Société avait déjà discuté la question et avait adopté, sur le rapport de M. Pillet, le texte suivant (1) complétant l'article 1393 C. c. : « Le régime matrimonial des étrangers mariés en France et des Français mariés à l'étranger est, à défaut de contrat de mariage le régime légal adopté par la loi nationale du mari ». Ce projet était l'aboutissement des idées dominantes à cette époque, et qui avaient inspiré déjà sur le même sujet l'article II de la Convention de la Haye du 17 juillet 1905 ; il ne reçut pas force de loi.

Le projet rapporté par M. Niboyet, déposé moins de vingt ans après, montre l'évolution qui s'est opérée en France dans les esprits, au sein de la même Société d'Etudes législatives. Le projet (2) prévoyait l'insertion à l'article 20 C. c. du texte suivant : « Le régime matrimonial des époux mariés sans avoir fait un contrat de mariage, est régi par la loi du pays où ils s'établissent im-

(1) Bulletin, 1909, p. 429-449.

(2) Bulletin, 1928, p. 339.

médiatement après le mariage ». « Ce texte, dit M. Niboyet dans son rapport (1), apporte un progrès sérieux. Les tribunaux ne pourront plus déterminer la loi compétente d'après les circonstances plus ou moins douteuses. Revenant aux véritables traditions, à celles de Dumoulin, la Commission déclare obligatoirement compétente la loi du domicile des époux. Et ce domicile sera constitué par le premier établissement après le mariage. Le texte du projet mettra donc fin à la plupart des incertitudes actuelles, car le premier établissement après le mariage est en général assez facile à déterminer ».

M. Niboyet précisa d'ailleurs le 31 janvier 1930 (2), devant l'Assemblée Générale de la Société : « Nous décidons que les époux mariés sans contrat sont soumis au régime du pays où ils ont leur domicile, mais immédiatement après le mariage. Dès lors, *il n'y a plus qu'une question de fait* ; en quel lieu les époux étaient-ils domiciliés immédiatement après le mariage ? De cette façon une précision assez grande sera apportée ». Le 14 février 1930 (3) M. Niboyet indiqua à nouveau que cette solution était « la moins mauvaise » à cause de la diversité possible des lois nationales des époux, et qu'elle concordait avec les conclusions de la jurisprudence ; cependant, il consentit, à la demande de M. Basdevant, à remplacer le mot : « établissement » par le mot « domicile », et à restreindre la solution imposée au cas où le domicile matrimonial est en France.

A M. Bartin qui faisait remarquer avec raison que l'on substituait une règle impérative à une solution fondée jusqu'ici sur une interprétation de volonté, M. Niboyet rappela que la Chambre des députés avait voté en 1924 un texte à peu près identique à celui du projet, et que si le Sénat l'avait disjoint, c'était uniquement afin de ne pas introduire une disposition disparate dans une loi réglant la nationalité. Finalement le projet définitif fut ainsi conçu : « Le régime matrimonial des époux

(1) Bulletin, 1928, p. 336.

(2) Bulletin, 1930, p. 79.

(3) Bulletin, 1930, p. 109.

mariés sans avoir fait un contrat de mariage est régi par la loi française lorsque les époux fixent leur domicile en France immédiatement après le mariage ».

Nous avons dit que ce projet, en dépit des apparences, et bien que M. Niboyet ait invoqué le nom de Dumoulin, aboutissait à tuer la vieille notion du domicile matrimonial. En effet, qu'était-elle à l'origine ? une pure manifestation de volonté. Qu'est-elle aujourd'hui encore dans la jurisprudence ? Principalement une manifestation de volonté. Que deviendrait-elle demain ? Un fait uniquement matériel. M. Niboyet l'a dit expressément.

Il est vrai que la modification apportée par M. Basdevant permettra peut-être de laisser une légère place à l'intention en refusant de considérer comme premier domicile n'importe quel établissement, mais l'esprit général dans lequel a été rédigé ce projet ne nous laisse que peu d'espoir.

En effet, la raison de cette transformation réside tout entière dans l'esprit différent qui animait d'une part Dumoulin et d'autre part les auteurs du projet actuel. L'un cherchait à faire prévaloir l'intérêt des époux sur le principe de territorialité, les autres cherchent au contraire à faire prévaloir l'intérêt politique et national par un renforcement du même principe de territorialité. Puisque l'on vise aujourd'hui un but essentiellement différent du but traditionnel, il ne faut pas s'étonner de ne plus employer un moyen rigoureusement identique.

Notons pour mémoire que le projet actuel ne vise que le domicile matrimonial en France, laissant intacte la notion du domicile matrimonial à l'étranger et aboutit ainsi à une fâcheuse différenciation des deux faces du problème jusqu'ici identiques ; ceci est d'autant plus remarquable que le domicile matrimonial à l'étranger, ainsi exclu du régime des biens, vient précisément de s'introduire dans les rapports personnels avec l'article 8 de la loi du 10 août 1927 : « La femme française qui épouse un étranger perd sa qualité de Française, si les époux fixent leur premier domicile hors de France après la célébration.... ». Dans ce dernier cas, il est probable en effet, qu'afin de conserver la nationalité française à la

femme, nos tribunaux exigeront d'elle, non seulement le fait matériel, mais encore l'intention conforme, de sorte que la notion la plus exacte du domicile matrimonial se trouvera dans la nationalité, où elle n'a que faire, et non dans le régime des biens entre époux où était sa place naturelle et traditionnelle.

Il nous reste à signaler que les Etats étrangers connaissent eux aussi cette notion particulière.

Les Anglais qui ont conservé la division entre régime des immeubles et régime des meubles, soumettent ceux-ci à la loi du domicile conjugal, généralement celui du mari (1). Les Américains au contraire placent le domicile matrimonial au lieu où les époux entendent fixer le siège principal de leurs affaires (2).

En Allemagne, on s'attachait avant 1900 au premier domicile matrimonial ; nous avons déjà cité Savigny (3). Cette doctrine était commune aux auteurs prussiens (4), saxons (5), bavares (6), badois (7). Nous avons relevé en ce sens un arrêt du 5 février 1872 (8) (9).

Enfin, en Belgique, la jurisprudence est restée fidèle plus longtemps encore que la nôtre à l'application de principe de la loi du domicile matrimonial (10).

(1) WESTLAKE, § 32 ; FIELD, art. 575 et ss. ; FOOTE.

(2) STORY, § 193 ; WHARTON, aff. Ford c. Ford ; MARTIN's, Report, tome 3 ; Lebreton c. Moudret, *ibid.* ; New-Jersey, 28 novembre 1884, cf. sur cette question DE BOECK (D. 1888, 2, 265) ; RICAUD, p. 106 ; ASSER et RIVIER, p. 111.

(3) VIII, p. 325.

(4) TEICHMANN, p. 12 ; FOERSTER, I, § 2, note 38 ; DERNBURY, I, § 28, note 6.

(5) LIEBENTAER, p. 40.

(6) ROTH, I, p. 137.

(7) BEHAGHEL, p. 8, note 10.

(8) Clunet, 1875, p. 281.

(9) Cf. sur cette question RICAUD, p. 119, ASSER et RIVIER, p. 110.

(10) ROLIN, I, p. 750 et les arrêts qu'il cite.

SECTION XI

Le domicile fiscal

- § 1. — Le droit de mutation par décès sur les valeurs mobilières.
- § 2. — L'impôt sur le revenu : n° 1. Les personnes assujetties ; n° 2. Le revenu imposable.
- § 3. — L'impôt sur les traitements, salaires, rentes et bénéfices des professions non commerciales.
- § 4. — L'impôt sur le revenu des titres émis par les Etats étrangers ou les sociétés étrangères non abonnées.
- § 5. — Conclusion : les notions du domicile en droit fiscal.

Nous devons faire une place ici à la législation fiscale, dont le domaine s'agrandit de jour en jour pareillement à celui du droit civil, et souvent même aux dépens de celui-ci (1). C'est une extension qui n'est pas sans danger, car le législateur poursuit dans un cas et dans l'autre des buts différents et d'autre part les textes fiscaux plus que les autres subissent au Parlement des modifications, des additions et des transformations qui ont pour résultat de porter atteinte aux principes juridiques les mieux établis et aux conceptions les plus traditionnelles. Il est donc facile de prévoir que la législation fiscale a enrichi la matière du domicile d'une notion nouvelle qui lui est propre et qui se différencie sensiblement de celles que nous avons étudiées jusqu'ici. C'est pourquoi, sans lui consacrer les développements qu'elle mériterait, nous devons brièvement l'élucider.

§ 1. — *Le droit de mutation par décès sur les valeurs mobilières*

Il arrivera en effet très fréquemment que nos tribunaux auront à déterminer le domicile d'un individu afin

(1) Il est bien entendu que nous ne nous occupons dans cette étude que du domicile en droit privé, c'est pourquoi nous n'envisageons pas le domicile en droit public ou en droit international public, où son rôle est si important. Nous n'étudierons par exemple, ni le domicile militaire, ni l'influence du domicile sur la qualité d'ennemi, de national ou de neutre. C'est pourquoi, dans la présente section, nous n'abordons le domicile en droit fiscal que dans ses répercussions dans les matières de droit privé.

de lui appliquer la législation fiscale. Le cas le plus ancien est celui des articles 3 et 4 de la loi du 23 août 1871 qui concerne les droits de mutation par décès sur les valeurs mobilières. La loi du 18 mai 1850, article 7, soumettait à cet impôt les valeurs mobilières étrangères dépendant d'une succession régie par la loi française. Or, on sait que la jurisprudence exigeait un domicile autorisé pour soumettre à la loi française la dévolution de la succession mobilière d'un étranger ; et des sommes considérables échappaient ainsi au fisc. Le 28 mai 1867 le tribunal de Marseille, pour permettre l'imposition des 350.000 francs de valeurs espagnoles laissées par Godefredo Mélizet, jugea qu'un domicile de fait suffisait en la matière ; mais la Cour de Cassation cassa le jugement par un arrêt d'autant plus sensationnel que deux autres dans le même sens étaient rendus le même jour le 12 janvier 1869 (1).

Le législateur se vit donc obligé d'intervenir, et la loi du 23 août 1871 étendit le droit de mutation par décès à toutes les valeurs mobilières étrangères possédées par « des étrangers domiciliés en France avec ou sans autorisation ».

Il faut d'ailleurs rendre cette justice aux auteurs de la loi, qu'ils ont nettement défini, dans les travaux préparatoires, le domicile nécessaire et suffisant qu'ils entendaient exiger. Le domicile n'a pas besoin d'être autorisé, et c'est justice. Autrement, les étrangers non autorisés étant soustraits à cet impôt, seraient plus favorisés en France que les nationaux, « mais il est bien entendu que l'article 4 ne sera applicable qu'autant qu'il sera constaté que l'étranger avait en France un établissement ou une résidence qui, pour un Français, constitue un véritable domicile. S'il s'agissait au contraire d'un étranger voyageant en France qui y décèderait pendant une résidence accidentelle et passagère, sa succession ne serait pas régie par les mêmes règles (2) ».

Le domicile visé par la loi était donc un domicile

(1) D. 1869, 1, 294, S. 1869, 1, 138. Le tribunal de Rouen, le 22 juin 1864 (D. 1865, 3, 13), avait également adopté dans un but fiscal la thèse qui fut condamnée par la Cour de cassation.

(2) Séance, 20 juillet 1871, *J. O.*, 12 août, p. 2642.

analogue aux articles 102 à 105 comprenant à la fois des éléments de fait et d'intention, mais exclusifs, à notre avis, d'un domicile de dépendance. Nous pensons en effet que si quelque riche étrangère séparée de fait de son mari et vivant depuis de longues années sur la Côte d'Azur, venait à mourir en France, on soumettrait à l'impôt les valeurs mobilières dépendant de sa succession, bien que son domicile légal soit à l'étranger, chez son mari, en Amérique du Sud par exemple.

M. Wahl (1), M. Bennet (2), M. Roger Lefebvre (3), ont cité les éléments le plus souvent retenus en jurisprudence comme caractéristiques du principal établissement et du centre des affaires, ce sont : l'établissement commercial ou industriel, l'achat de propriétés immobilières, l'habitation très prolongée et constante, le paiement de la contribution personnelle et mobilière, les actes où l'on dit « domicilié » en France, le choix d'une sépulture personnelle et familiale.

La jurisprudence s'en est d'ailleurs tenue à la notion assez stricte qu'avaient prévue les rédacteurs de la loi (4). En particulier le tribunal de la Seine, le 11 janvier 1901 (5), posa en principe que « c'est à l'administration de l'Enregistrement qu'il incombe de rapporter la preuve que le *de cujus* avait en France son principal établissement ». En l'espèce, il refusa de retenir comme caractéristique du domicile, le fait que le *de cujus* possédait en France des immeubles d'une valeur considérable (4.900.000 francs) ou y avait opéré dans les banques des dépôts pour une somme importante (54 millions), alors qu'il avait fait à l'étranger des opérations de même nature et d'importance au moins égale. Le fait que le *de cujus* payait en France une cote personnelle mobilière s'élevant à 13.000 francs ne prouve pas non plus qu'il y ait un véri-

(1) Revue, 1905, p. 615.

(2) P. 148.

(3) Clunet, 1930, p. 230.

(4) Nice, 26 janvier 1878, *Journal de l'Enregistrement*, n° 20757 ; Versailles, 30 mai 1878, *J. E.*, n° 20865 ; Nice, 11 février 1878, *J. E.*, n° 20.020 ; Montbéliard, 20 novembre 1887, *J. E.*, n° 23006 ; Nice, 26 juillet 1895, *J. E.*, n° 24676.

(5) Clunet, 1901, p. 143, Rép. de l'Enreg., art. 10.099. Hirch.

table domicile, et non une simple résidence. Il semble cependant que dans une affaire en tous points semblable, le tribunal de la Seine, le 18 février 1928, et la Cour de Cassation, le 30 décembre 1929 (1), tout en restant assez stricts se soient montrés moins rigoureux. Tout d'abord, ils n'ont pas mis la preuve du domicile à la charge de l'Administration. La Cour de Cassation a répété la définition du domicile de fait qu'avaient donnée les auteurs de la loi, c'est « un établissement ou une résidence qui, pour un Français, constituerait un véritable domicile ». En l'espèce Henri Say, gérant de la raffinerie française qui porte son nom, avait loué à bail à Paris un hôtel important (70.000 francs par an en 1898) somptueusement meublé (le mobilier était assuré pour 1 million 700.000 francs alors que celui qu'il possédait en Suisse ne l'était que pour 127.500). Le tribunal et la Cour de Cassation déclarèrent que cela constituait bien un domicile et non une simple résidence comme le prétendaient les héritiers du défunt. Pourtant Henri Say avait en Suisse une propriété de 42 hectares, et toutes ses valeurs mobilières étaient déposées dans des banques suisses ; il y avait là des éléments de fait dignes de considération. D'autre part, cet arrêt semble avoir fait bon marché de l'intention du défunt, qui, six mois avant sa mort, avait passé un acte de société où il se qualifiait « domicilié à Prangins, résidant à Paris (2) ».

§ 2. — *L'impôt général sur le revenu*

La détermination du domicile peut également offrir un intérêt en matière d'impôt général sur le revenu (3), et cela à deux points de vue : au point de vue des contri-

(1) *Gaz. Palais*, 4 février 1930.

(2) Sur cette question des droits de mutations dans les successions mobilières, voir : l'article de M. WAHL à la Revue 1905, p. 80 et 615 ; l'article de M. LEFEBVRE au *Clunet* 1930, p. 250 : « Décès d'un étranger ayant en France un domicile de fait. Conséquence au point de vue des droits de succession » ; et le cours de doctorat professé à la Faculté de Paris par M. CASSIN en 1930-1931.

(3) Cf. BENNET, p. 150 et ss. ; LEFEBVRE, *La déclaration d'impôt sur le revenu et les personnes non domiciliées en France*, *Clunet*, 1930, p. 105.

buables assujettis et au point de vue du revenu imposable.

N° 1. — *Détermination des contribuables assujettis.* —

Aux termes de l'article 6 de la loi du 15 juillet 1914, l'impôt est dû en effet par toutes les personnes ayant en France une résidence habituelle. Mais les personnes qui, sans résider habituellement en France, y ont cependant leur domicile, y sont également soumises (1). Ici, le domicile suffisant sera donc sensiblement plus large que dans la matière voisine des droits de mutation par décès ; les personnes imposables seront non seulement les domiciliés, mais encore les simples résidents, alors qu'ils conservent leur domicile à l'étranger (que ces résidents, soient d'ailleurs des étrangers ou des Français) et qu'en particulier l'intention de se fixer en France leur fasse défaut.

C'est ainsi qu'alors en matière de droit de mutation par décès le tribunal de Nice, le 30 juillet 1895 (2), avait soustrait à l'impôt les valeurs mobilières de l'étranger qui réside simplement en France chaque hiver dans une propriété lui appartenant, le Conseil d'Etat déclara au contraire le 23 novembre 1928 (3) que : « a en France au 1^{er} janvier une résidence habituelle le rendant passible de l'impôt général sur le revenu pour l'année considérée l'étranger qui y est propriétaire d'une villa qu'il vient régulièrement habiter chaque année, pendant plusieurs mois, alors même qu'il la louerait généralement pendant la saison d'hiver où il n'habite pas lui-même ».

Dans un arrêt du 23 décembre 1927, le Conseil d'Etat avait décidé qu'en principe l'étranger expulsé de France ne pouvait être imposé à l'impôt général sur le revenu, même s'il possédait en France une résidence, puisqu'il ne pouvait habiter cette résidence. Mais les exigences pratiques et logiques de la fiscalité devaient bientôt l'obli-

(1) BESSON, *Traité pratique des impôts cédulaires*, n° 508, p. 382 ; BOCQUET, *L'impôt général sur le revenu*, p. 333 ; CARPENTIER, *A propos de l'impôt sur le revenu*, n° 25, p. 24.

(2) *J. E.*, n° 24676, note 3.

(3) *Semaine juridique*, 1929, p. 124.

ger à revenir sur cette solution au premier abord évidente. En effet, au point de vue de l'impôt général sur le revenu, il y a confusion entre le contribuable et certains membres de sa famille, de sorte que si la résidence de l'expulsé est encore habitée par sa femme ou ses enfants non susceptibles d'une imposition distincte, l'étranger reste encore imposable à raison de son domicile, et bien que sa seule présence en France constitue un délit (1). Cette solution est parfaitement justifiée, mais ne laisse pas que de surprendre un peu.

N° 2. — *Détermination du revenu imposable.* — D'autre part, le domicile joue un rôle dans la détermination du revenu imposable. Les personnes domiciliées en France sont imposées sur leur revenu réel ; celles qui n'y sont pas domiciliées sont imposées sur la base d'un revenu égal à 7 fois la valeur locative de l'immeuble qu'ils habitent. Quand pourra-t-on dire qu'un étranger est domicilié en France ? Il est probable que l'évaluation forfaitaire est la plus avantageuse pour le fisc, car la jurisprudence française est très exigeante sur les conditions constitutives d'un tel domicile. Certains auteurs avaient même soutenu qu'un domicile autorisé était indispensable (2), mais l'Administration s'est prononcée en sens contraire ; la circulaire ministérielle du 5 avril 1916 (3), qui a fixé les modalités d'application de l'impôt général sur le revenu, dispose en effet que les contribuables étrangers doivent être réputés avoir leur domicile en France lorsqu'ils y ont, de façon évidente, le siège de leurs intérêts et de leurs affaires, ou lorsqu'ils y résident d'une façon permanente.

Cependant, le Conseil de Préfecture de la Seine a encore exigé le 24 février 1928 (4) un domicile autorisé pour soustraire les étrangers à l'évaluation forfaitaire. « Il apparaît que la notion de domicile au sens de la loi du

(1) Conseil d'Etat, 8 mars 1929, *Sem. jur.*, 1929, p. 533.

(2) BESSON, n° 549, p. 426 ; BOCQUET, p. 328 et 382 ; CARPENTIER, n° 16 et 84 ; WAHL, *Clunet*, 1916, p. 1098 et 1512.

(3) *J. O.*, 6 avril 1916.

(4) *Clunet*, 1929, p. 384.

15 juillet 1914, dit-il, est essentiellement distincte de celle de la résidence, qu'elle doit être déterminée, non d'après les circonstances de fait, mais d'après une situation de droit qui ne peut être définie que par les règles du Code civil ; considérant que l'article 102 C. c. qui fixe le domicile au lieu du principal établissement ne vise expressément que les Français ; que l'étranger ne saurait donc être considéré comme ayant acquis un domicile en France que s'il peut se prévaloir d'une admission à domicile à lui accordée par décision du Gouvernement ». Etant donné que le Conseil statuait sur l'exercice 1923, il n'avait pas à tenir compte de la suppression récente de l'admission à domicile, mais, même à cette époque, une solution aussi rigoureuse était difficilement admissible ou justifiée. Il est probable que la loi du 10 août 1927 aura pour résultat d'obliger les tribunaux à se conformer aux termes raisonnables de la circulaire du 5 avril 1916.

§ 3. — *L'impôt sur les traitements, salaires, rentes et pensions, et l'impôt sur les bénéfices des professions non commerciales*

D'autres impôts ont encore leur assiette déterminée par le domicile. Tels sont l'impôt sur les traitements, salaires, rentes et pensions, et l'impôt sur les bénéfices des professions non commerciales.

L'article 25 de la loi de finances du 31 juillet 1917, dispose en effet : « L'impôt ... est établi au nom des bénéficiaires dans la commune où ils sont *domiciliés* au 1^{er} janvier de l'imposition ».

L'article 32 de la même loi : « L'impôt ... est dû dans la commune où le contribuable a *son domicile* avant le 1^{er} janvier de l'année de l'imposition ».

D'autre part, l'article 1^{er} de la loi de finances du 25 juin 1920 prévoit « que l'imposition sur les salaires varie selon le nombre d'habitants de la commune où le contribuable est *domicilié* ».

Ces dispositions s'appliquent à tous ceux qui habitent le territoire, aux étrangers comme aux Français. Tous les

auteurs sont d'avis qu'ici les étrangers n'ont pas besoin d'avoir été autorisés à domicile pour être considérés comme domiciliés (1), et nous ne connaissons aucune décision jurisprudentielle en sens contraire.

Lorsque nos lois prévoient que leur domicile doit soustraire certains individus à l'impôt, nos tribunaux se montrent extrêmement exigeants vis-à-vis des étrangers pour considérer que leur établissement remplit les conditions voulues ; mais lorsqu'au contraire le fait du domicile est l'occasion d'une charge nouvelle pour le contribuable, nos tribunaux deviennent très larges vis-à-vis des étrangers, et ne font jamais de difficultés pour décider que ce domicile nécessaire est réalisé. C'est encore une des conséquences de la diversité des effets du domicile qui montre bien que ceux-ci réfléchissent sur les éléments de cette notion.

La jurisprudence applique les lois fiscales au mieux des intérêts du Trésor, ce qui, après tout, est bien le but dans lequel elles ont été faites.

§ 4. — *L'impôt sur le revenu des titres émis
par les Etats étrangers, et les Sociétés étrangères
non abonnées*

Enfin, le décret du 21 juin 1914 sur la mise en œuvre de l'impôt créé par la loi du 29 mars 1914 sur le revenu des titres émis par des Etats étrangers ou des sociétés étrangères non abonnées, précise dans ses articles 10 et 11, que l'impôt n'est dû que lorsque les propriétaires ou usufruitiers des titres sont domiciliés en France. De même, l'article 37 de la loi du 29 mars 1914 elle-même déclare que l'impôt que cette loi établit sur les coupons touchés en pays étranger, ne s'appliquera qu'autant que le propriétaire ou l'usufruitier du titre sera domicilié en France. Cet impôt est destiné à favoriser les titres émis par l'Etat français et par les sociétés françaises, afin d'éviter que les capitaux amassés par l'épargne française ne soient drainés à l'étranger.

(1) BESSON, n° 383, p. 297 ; BOCQUET, p. 189 ; WAHL, Clunet, 1919, p. 651.

Ces textes s'appliquent aux étrangers comme aux Français ; ici encore le domicile a pour effet de soumettre les contribuables à l'impôt ; on peut donc être assuré que nos tribunaux se montreront très larges dans l'appréciation de ce domicile. En particulier, on décidait avant la loi du 10 août 1927 qu'il n'avait pas besoin d'avoir été autorisé par le Gouvernement (1). On considère que la notion de domicile qui doit s'appliquer ici, c'est celle de la résidence habituelle, employée en matière d'impôt général sur le revenu, et qui est différente, nous l'avons montré, de celle employée en matière de droits de mutations par décès.

§ 5. — *Conclusion : Les notions du domicile
en droit fiscal*

De cet examen rapide et sans doute incomplet de la législation et de la jurisprudence fiscale au sujet du domicile, il ressort que les effets particuliers nouveaux que ces lois ont fait découler de cette idée, nous ont valu non pas une, mais plusieurs notions nouvelles du domicile.

Il y a d'abord le domicile suffisant pour soumettre les valeurs mobilières étrangères d'une succession au droit de mutation par décès, ce paraît être le domicile de droit commun, mais il semble cependant qu'on n'y ait jamais fait entrer le domicile de dépendance, et d'autre part, le récent arrêt de la Chambre des Requêtes dans l'affaire Say montre que, pratiquement, l'intention n'y a plus qu'une part très minime.

Il y a ensuite le domicile qui a pour effet de soumettre les personnes à l'impôt sur le revenu sous ses diverses formes ; c'est la résidence habituelle qui ne tient compte ni de la dépendance, ni de l'élément intentionnel, et qui n'exige même pas une continuité absolue.

Il y a encore le domicile nécessaire pour soustraire les contribuables à l'évaluation forfaitaire de leurs revenus ; jusqu'à la loi du 10 août 1927, on a considéré que, pour

(1) BOCQUET, p. 256 ; FALCK, *Journal des Economistes*, 1915, p. 411 ; WAHL, *Clunet*, 1914, p. 1098 et ss.

les étrangers, il ne pouvait s'agir que d'un domicile autorisé ; il est probable que désormais on se montrera aussi draconien que l'état nouveau de la législation le permettra.

Il y a enfin le domicile prévu par les lois du 31 juillet 1917 et du 25 juin 1920, fixant la commune dans laquelle seront imposés les assujettis à l'impôt sur les traitements, salaires, rentes, pensions et bénéfices des professions non commerciales. A défaut d'indications jurisprudentielles nous pensons que cette notion est au moins aussi large que la résidence habituelle prévue par la loi du 15 juillet 1914 ; il s'agit d'une simple répartition territoriale, et, à défaut d'une résidence habituelle caractérisée, le moindre établissement de fait suffira.

SECTION XII

Le domicile en matière de procédure

§ 1. — Rôle théorique.

§ 2. — Jurisprudence.

§ 3. — Conclusion.

Le domicile en matière de procédure se rapproche sensiblement du domicile, principe de compétence spéciale personnelle ou mobilière. En effet, d'une part, le défendeur doit être assigné devant le tribunal dans le ressort duquel se trouve son domicile, d'autre part l'exploit d'ajournement et les actes de la procédure doivent lui être signifiés au lieu même de ce domicile.

§ 1. — *Rôle théorique*

En règle générale il se produira donc que le même domicile remplira ce double emploi ; mais il n'y a pas là une identité nécessaire. Il pourra arriver fréquemment qu'il faille connaître le domicile d'une personne pour lui signifier les actes de procédure, alors que ce domicile ne se trouve pas dans le ressort du tribunal compétent, ou même que dans le ressort du même tribunal, l'intéressé

possède plusieurs établissements auxquels la signification de ces actes ne peut pas être faite indifféremment.

En ce qui concerne le droit international privé les articles 59 et 69 proc. prévoient que les significations se font au domicile, où à défaut à la résidence, et que lorsque l'intéressé n'a en France ni domicile, ni résidence, et qu'il est établi à l'étranger, on suit une procédure spéciale et on observe des délais particuliers. Le domicile de l'étranger en France n'a donc pas besoin d'être un domicile autorisé, ni même un domicile de droit commun, la loi lui assimile elle-même la simple résidence de fait.

§ 2. — *Jurisprudence*

Ainsi l'avait déjà décidé la Chambre des Requêtes le 20 août 1811, écartant la nécessité en ce cas d'un domicile autorisé (aff. Barlow, S. chron.). Le 2 juillet 1822, la Cour de Cassation affirmait en outre que la signification au domicile de fait était valable, sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit faite au Parquet ou au domicile. En l'espèce le sieur Berembrock (S. chron.), étranger, avait indiqué dans un acte d'opposition qu'il était domicilié à tel endroit, et demandait ensuite la nullité d'un commandement qui lui avait été fait à ce domicile ; « attendu, dit la Chambre civile, que l'élection de domicile n'empêche point de signifier au domicile réel et au lieu de la résidence, et que l'étranger peut avoir en France un domicile de fait et une résidence, quoique d'après l'article 13 C. c. il ne puisse y avoir un domicile de droit sans l'autorisation du Gouvernement ; que la signification du commandement a été faite à Berembrock à la demeure par lui indiquée en France, que par suite cette signification est valable, soit comme faite à son domicile de fait suivant l'article 68 proc., soit comme faite au lieu de sa résidence, conformément au § 8 de l'art. 69 du même Code ».

Le sieur Tornu s'étant pourvu en Cassation contre un arrêt de la Cour de Douai qui avait jugé valable un acte d'appel signifié au Parquet alors qu'il avait, sujet belge, un domicile de fait en France, la Cour Suprême accueillit

sa demande en ces termes le 28 juillet 1902(1): « attendu, d'une part, que l'étranger peut, en transportant en France son principal établissement, s'y créer, par sa seule volonté, un domicile de fait qui produise certains des effets que la loi attache au domicile du Français, notamment en ce qui concerne le lieu où doit se faire la notification des actes qui lui sont destinés; attendu, d'autre part, qu'à ce même point de vue, il résulte de la combinaison des §§ 8 et 10 de l'article 69 proc. qu'à défaut de domicile connu en France, la résidence équivaut à domicile; attendu que, sans contester que Tornu ait en France, soit un domicile de fait, soit une résidence, sans contester davantage que le lieu de ce domicile ou de cette résidence fût connu de H..... l'arrêt attaqué déclare valable l'acte d'appel, par cet unique motif « que Tornu ne pouvait avoir en France de domicile sans avoir rempli des formalités spéciales, ce qui n'a pas été fait »..... qu'ainsi ledit arrêt a faussement appliqué, et par suite violé, l'article ci-dessus visé ».

La jurisprudence est allée encore plus loin: si l'étranger n'a en France ni domicile, ni résidence, même de fait, si l'huissier peut cependant délivrer l'assignation à sa personne, l'exploit sera valable, mais l'ajournement devra avoir lieu conformément aux délais prévus pour les personnes habitant à l'étranger. Ainsi en décida la Cour de Paris le 18 mai 1909 (2).

De même la Cour de Rouen, le 20 novembre 1930 (3), a vu un domicile de fait suffisant dans un navire étranger temporairement mouillé dans le port de Dieppe, alors surtout que l'exploit destiné au capitaine avait été remis à sa personne.

§ 3. — Conclusion

On voit donc que les tribunaux se montrent assez larges pour décider que les étrangers ont en France un do-

(1) D. 1902, 1, 398; S. 1907, 1, 114.

(2) S. 1909, 2, 201.

(3) *Gaz. Pal.*, 1^{er} et 2 février 1931.

micile qui dispense de leur signifier au Parquet les actes de la procédure. Tenant compte du but de la loi qui désire avant tout que l'étranger soit informé de la notification qu'on a à lui faire, la jurisprudence admet que si l'exploit a pu être délivré à la personne même de l'étranger, cette signification satisfait à l'article 74 proc. et rend inutile la signification au Parquet qui doit rester exceptionnelle ; si, d'autre part, l'étranger a notoirement en France une résidence même précaire (s'il fait par exemple un séjour de quelque durée dans un hôtel), c'est là et non ailleurs qu'on doit lui signifier les actes qui le concernent. A *fortiori* on doit estimer suffisante une résidence caractérisée, à défaut d'un véritable domicile, et en aucun cas, même avant la loi du 10 août 1927, il ne faut exiger un domicile autorisé, comme l'avait fait à tort la Cour de Douai.

SECTION XIII

Le domicile en matière de meubles

§ 1. — Meubles corporels.

§ 2. — Meubles incorporels.

On considère généralement que les meubles obéissent au statut domiciliaire, suivant l'adage « *mobilia sequuntur personam* ». Nous avons déjà parlé de cette règle, au sujet de sa principale application, c'est-à-dire en matière de succession mobilière, et nous avons examiné quelle était dans ce cas la notion du domicile usitée par nos tribunaux. Nous ne pouvons discuter ici la question de savoir si cette règle doit s'appliquer uniquement aux meubles considérés comme une universalité juridique ou si elle doit au contraire être étendue à toutes les questions qui touchent les meubles, même lorsque ceux-ci sont considérés à titre particulier.

§ 1. — Meubles corporels

En ce qui concerne les meubles corporels, il semble que la fiction qui les répute situés au domicile de leur pro-

priétaire doit prendre fin chaque fois qu'ils n'ont pas un rapport intime avec la personne du propriétaire, et qu'il est matériellement possible de les individualiser et de fixer leur situation ; chaque fois qu'ils sont considérés en eux-mêmes et non plus comme un accessoire de la personne, ils retombent alors sous l'empire de la *lex rei sitæ*.

A la suite de Lainé (1), de Vareilles-Sommières affirme (2) que telle était déjà la solution de l'ancien droit quand il s'agissait d'acquisition et d'aliénation à titre particulier, d'usucapion, d'usufruit, de saisie, et qu'en réalité « au principe d'abord posé, on soustrayait tout, excepté deux choses : la distribution de la succession mobilière et l'attribution des droits de préférence sur les meubles du débiteur ». Mais Pillet (3) est plutôt d'avis que l'ancien droit n'a pas suivi de doctrine bien ferme au sujet du régime des meubles envisagés à titre particulier. Telle était d'ailleurs l'opinion soutenue dans sa thèse (4) par M. Niboyet, qui n'a trouvé aucune application de la règle dans ce cas et qui a même estimé qu'elle était théoriquement inapplicable aux meubles pris individuellement (5).

Le Code civil avait prévu à l'article 5 du titre IV du livre préliminaire, un alinéa ainsi conçu : « Le mobilier du Français est régi par la loi française comme sa personne » (6), mais sur les observations du Tribunal d'Appel de Lyon demandant l'application de la loi territoriale (7) l'article 5 projeté fut démembré, et il ne fut plus jamais question des meubles.

Aussi, les auteurs modernes ont-ils repris à peu près les solutions traditionnelles.

Foelix (8) enseigne que l'on doit déroger à la règle « *mobilia sequuntur personam* lorsqu'on invoque la maxime qu'en fait de meubles possession vaut titre, lorsqu'il

(1) II, p. 27.

(2) I, p. 51.

(3) I, p. 614.

(4) P. 30.

(5) P. 33.

(6) FENET, p. 6.

(7) FENET, IV, p. 33.

(8) I, p. 134.

s'agit d'exercer un droit de gage, des privilèges ou des voies d'exécution sur les meubles, d'en prohiber l'aliénation, d'en prononcer la confiscation ou d'en interdire l'exportation. Néanmoins, il considère qu'il reste encore un certain champ d'application à la règle générale, même en matière de meubles individualisés (1). Et cet avis est également partagé par Massé (2).

En réalité, il semble bien que la maxime « *mobilia sequuntur personam* » qui soumet les meubles à la loi du domicile de leur propriétaire, n'ait pas d'application pratique en dehors de la dévolution successorale, et que, chaque fois que les meubles sont envisagés à titre particulier, la *lex rei sitæ* soit la loi compétente (3).

Les décisions jurisprudentielles sont extrêmement rares. L'arrêt rendu le 19 mars 1872 par la Cour de Cassation dans l'affaire de la Caroline (4) a appliqué la loi française à une question d'hypothèque maritime, mais cette loi française était à la fois la loi du domicile du propriétaire étranger et celle de la situation réelle du navire en question. La Cour de Caen avait justifié sa décision à ce double point de vue, mais la Cour de Cassation paraît bien avoir adopté de préférence le second.

La détermination du domicile dans ce cas n'offrait donc qu'un intérêt très restreint.

§ 2. — Meubles incorporels

Par contre, si la portée de la règle « *mobilia sequuntur personam* » est à peu près nulle à l'égard des meubles corporels envisagés individuellement, il en est tout différemment à l'égard des meubles incorporels, des créances. Ceux-ci ne peuvent en aucun cas suivre la loi de leur si-

(1) I, p. 121 et ss., n° 60 et ss.

(2) I, p. 485, n° 555.

(3) En ce sens, ARNTZ, I, p. 42 ; AUBRY et RAU, I, p. 84 et 105 ; BROCHER, I, p. 117 ; DEMOLOMBE, I, p. 106 ; MARCADÉ, I, p. 62 ; ASSER et RIVIER, p. 89 ; SURVILLE et ARTHUYS, n° 163 ; DE VAREILLES-SOMMIÈRES, II, n° 992.

(4) S. 1871, 2, 57 où est rapporté l'arrêt attaqué avec note Labbé ; S. 1872, 1, 240 ; D. 1874, 1, 465. Cf. également les motifs de la Cour de Pau le 14 mars 1874 (D. 1875, 1, 343) dans l'affaire Forgo.

tuation réelle, puisqu'il est impossible de les matérialiser (1). Les créances seront donc localisées au domicile. Mais au domicile de qui ? du créancier ou du débiteur ?

La quasi-unanimité des auteurs de l'ancien droit désigna le domicile du créancier (2), et ils formulèrent ainsi cette règle : « *nomina ossibus personæ creditoris inhærent* » destinée à faire pendant à l'adage « *mobilia sequuntur personam* ». Cependant une voix divergente s'était élevée : Gui Coquille (3) avait démontré péremptoirement qu'il fallait s'attacher au contraire au domicile du débiteur « *ergo consequens est, ut dicamus, rem debitam esse in eo loco ubi debitor habet domicilium* » (4). Après lui, Simon d'Olive soutint cette opinion qui fut régulièrement consacrée par le Parlement de Toulouse.

C'est précisément à ce système que se sont ralliés presque tous les auteurs modernes : les créances sont fictivement localisées au domicile du débiteur, c'est la loi de ce domicile qui leur est applicable. On invoque à juste titre que la créance est entièrement au pouvoir du débiteur, comme son nom lui-même l'indique, que c'est à son domicile qu'on doit en poursuivre le recouvrement, que c'est là que les tiers viendront s'informer de sa solvabilité. Le domicile du débiteur est donc le siège du rapport de droit. « C'est comme une chose corporelle, dit de Varenilles-Sommières (5), qui appartiendrait au créancier, mais serait détenue par le débiteur à son domicile ».

La loi du domicile du débiteur s'appliquera donc à toutes les questions qui concernent les créances, leur cession, leur saisissabilité, les droits réels dont elles sont

(1) On peut cependant localiser matériellement les titres au porteur et leur appliquer la loi du lieu où ils se trouvent, si l'on admet que le titre n'est pas seulement un instrumentum, mais que la créance s'y trouve incorporée.

(2) DUMOULIN sur la Coutume de Paris, I, § 1, glose 4, n° 9 ; TIRAGUEAU ; CHALLINE ; CHOPPIN ; DUPLESSIS ; FERRIÈRE ; LEBRUN ; LOYSEAU ; FROLAND ; BOULLENOIS ; BOUHIER ; POTHIER, cités par LAINÉ, p. 255, et CHAMPCOMMUNAL, p. 250.

(3) Quest. et Rép., question CCXXXVII.

(4) DUMOULIN avait primitivement partagé cette opinion dans ses notes sur Chasseneuz *in consuet*, Burg. rubr. 9 et 15.

(5) I, p. 249.

susceptibles (1). La jurisprudence française et étrangère paraît bien avoir consacré ces conséquences, au sujet des formalités nécessaires à la validité d'une cession de créances (2). Mais la loi du domicile du débiteur s'appliquera surtout, et c'est là l'intérêt capital de la question, à la prescription extinctive. Sept systèmes ont été proposés à ce sujet, mais celui qui adopte cette solution est le plus répandu chez les auteurs (3) et paraît bien consacré par la jurisprudence (4).

Cette dernière applique même la loi du domicile du débiteur au jour du procès, comme le veulent de Vareilles-Sommières (5) et Labbé, et non au jour du contrat comme le désirent certains auteurs (Pardessus, Surville) qui craignent la fraude du débiteur (mais un domicile frauduleux ne serait pas pris en considération et d'autre part on n'empêchera jamais le débiteur de mauvaise foi de se rendre insolvable, s'il a l'intention bien déterminée de ne pas payer ses dettes).

Mais quelle sera la notion française du domicile lorsque ce domicile détermine la loi applicable aux meubles ? Voilà la question qui nous intéresse. Seul parmi les auteurs, Massé y a répondu (6) : ce sera non seulement le domicile autorisé, mais encore le domicile de fait de l'étranger qui a « fixé en France son habitation avec l'intention d'y demeurer ». Et il est bien certain, après l'analyse rapide que nous avons faite du rôle du domicile en cette matière, que l'on doit en effet exiger ici plus qu'une simple résidence même habituelle, qu'il faut un véri-

(1) PILLET, au *Clunet*, 1896, p. 12 ; WEISS, p. 401 ; ROLIN, II, n° 1428 ; LAINÉ, II, p. 260 ; DE VAREILLES-SOMMIÈRES, II, p. 127 ; DESPAGNET DE BOECK, n° 396 ; PILLET, *Principes*, n° 209 ; PILLET et NIBOYET, n° 530 ; VALÉRY, n° 627 ; VON BAR, II, § 274 ; DIÉNA, *Diritto comm. intern.*, p. 538 ; ARMINJON, II, p. 319 et 76).

(2) Paris, 16 février 1910, S. 1912, 2, 275 ; Cassation Rome, 7 novembre 1894 (S. 1895, 4, 13) ; Tribunal d'Empire d'Allemagne, 23 mars 1897 (S. 1899, 4, 29) ; 30 juin 1908 (S. 1909, 4, 29) ; 27 janvier 1902 (S. 1906, 4, 21).

(3) DE VAREILLES-SOMMIÈRES, I, p. 255 ; ASSER et RIVIER, p. 83.

(4) Cassation, 13 janvier 1869, cité par ASSER, p. 83, note 1 ; Seine, 11 décembre 1893 (*Clunet*, 1894, p. 145) ; Haute-Cour des Pays-Bas, 2 avril 1874 (*Clunet*, 1874, p. 14).

(5) P. 250.

(6) I, p. 483, § 552.

table domicile aussi rigoureux que celui qui est exigé en matière de dévolution successorale. Ce sera un domicile qui comprendra à la fois l'intention et le fait du principal établissement, qui comprendra d'autre part les règles sur la dépendance, dans la mesure où elles existent en droit international privé français.

Nous renvoyons d'ailleurs, pour plus de précisions, aux développements que nous avons consacré à cette notion dans notre section neuvième.

SECTION XIV

Le domicile indice de la volonté autonome

§ 1. — Rôle du domicile comme indice de la volonté.

§ 2. — Notion du domicile indice de la volonté.

§ 1. — *Rôle du domicile comme indice de la volonté*

Il est admis en général, en droit international privé français, que le contrat (1) est régi par la loi que les parties ont présomptivement choisie dans ce but. Nous ne discuterons pas ici le point de savoir si des limites rigoureuses ne doivent pas, au contraire, être assignées à l'autonomie de la volonté en droit international (2) ; nous nous contenterons de constater l'état actuel de la jurisprudence (3).

Si les parties ont expressément nommé la loi à laquelle elles entendaient soumettre leur contrat, il n'y aura pas de difficulté. Mais dans le cas contraire, les tribunaux devront se livrer à une recherche minutieuse et délicate afin de déterminer quelle a dû être l'intention commune et tacite des cocontractants. Dans cette recherche, la jurisprudence tient compte des éléments les plus divers, mais surtout de la nationalité des parties, et de leur do-

(1) Certains auteurs étendent cette solution aux actes unilatéraux volontaires tels que le testament.

(2) Cf. sur ce point les travaux de MM. BARTIN, PILLET, NIBOYET, p. 807 ; ARMINJON, II, p. 186, n° 78 ; AUBRY, Clunet, 1896, p. 485 et 721 ; et CALEB dans sa thèse.

(3) Cour de Brazzaville, 22 février 1921, D. 1923, 2, 41, note M. NIBOYET.

micile. Certains auteurs vont même jusqu'à préférer en ce cas la loi du domicile commun à la loi nationale commune.

« Même si les parties sont françaises, mais domiciliées dans un même pays à l'étranger, dit de Vareilles-Sommières (1), on pourra facilement être convaincu, par les circonstances, qu'elles ont voulu que la trame de leur contrat fut complétée par la loi de leur domicile ».

« Dans tous les cas où, en matière de conventions, un conflit se présente entre la loi du domicile et la loi nationale, dit Loiseau (2), nous donnerions la préférence à la loi du domicile, sans même distinguer si l'établissement est plus ou moins récent ; elle est, ou la loi la mieux connue des parties, ou celle qu'elles se préoccupent de connaître et par suite la loi du domicile nous tient plus près que la loi nationale du principe qui domine toute la matière des conventions : la volonté ».

Lainé a insisté sur cette question (3) lors du projet de révision du Code civil belge : « La communauté de domicile, c'est-à-dire de vie juridique et de ressort judiciaire dans le domaine des intérêts matériels, pourvu qu'elle soit déjà de quelque durée, doit avoir un tout autre poids que l'unité ou l'identité des lois nationales ».

Pillet dit de même (4) : « Dans cette matière purement d'interprétation, la loi du domicile paraît appelée à jouer un rôle important lorsque les parties ont un domicile commun. Je ne serais pas éloigné, pour ma part, à lui accorder le premier rang, que l'on donne d'habitude à la loi nationale. Même lorsque les personnes dont il s'agit ont une patrie commune, il paraît plus naturel de leur prêter l'intention de soumettre leurs accords à la loi de leur domicile commun. Cette loi est plus près d'elles, elles la connaissent mieux, elle convient plus complètement aux affaires qu'ils traitent ensemble ».

Asser et Rivier (5) ont remarqué que : « si les parties

(1) II, p. 219.

(2) P. 263.

(3) *Etude sur le titre préliminaire*, p. 103.

(4) *Principes*, § 282, p. 441.

(5) N° 34, p. 75.

sont domiciliées hors de leur pays, leur nationalité n'exercera le plus souvent aucune influence sur leur volonté ».

Surville restreint l'application de la loi du domicile au cas où les cocontractants sont de nationalité différente. Bennet partage cet avis (1).

§ 2. — *Notion du domicile indice de la volonté*

Quoiqu'il en soit de ces présomptions plus ou moins prononcées que proposent les auteurs, et quel que soit le rôle plus ou moins important qu'y joue le domicile, ce qui nous intéresse, c'est la notion aussi exacte que possible du domicile dans ce cas.

Or, les tribunaux ne l'ont jamais nettement précisée. Lorsqu'ils énumèrent les éléments à l'aide desquels ils ont dégagé la volonté présumée des parties, ils mentionnent généralement le domicile, mais sans jamais s'expliquer à son sujet.

Il apparaît cependant que, même avant la loi de 1927, un domicile même non autorisé pouvait être pris en considération. Le seul auteur qui se soit exprimé à ce sujet, Bennet, a d'ailleurs remarqué comme une chose toute naturelle (2) : « En matière d'autonomie de la volonté, le domicile ne peut être pris en considération que s'il est effectif. Il est en effet facile de comprendre que, sur un domicile légal non corroboré par un établissement de fait, il n'est jamais possible de baser une présomption de volonté ».

Nous partageons entièrement cette opinion. Ici encore, il suffit de considérer le rôle que doit jouer le domicile pour en déduire les éléments qu'il devra réunir. Il faut écarter tout d'abord les règles de dépendance, qui sont ici de nul effet, ainsi que Bennet le fait justement remarquer. D'autre part plus le domicile sera apparent, caractérisé, établi et intentionnel, plus il sera pris en considération. Mais un domicile de date récente, un établissement secondaire pourra être suffisant pour déceler

(1) P. 130.

(2) P. 129, note 2.

l'intention des parties, surtout s'il est en relation directe avec le contrat objet du litige. C'est donc un domicile assez particulier, très large et très souple. Bien que l'on recherche avant tout l'intention des cocontractants, il ne suffit pas qu'il soit intentionnel, car l'intention cherchée porte sur la loi applicable au contrat et non sur le domicile.

Il faut surtout, à notre avis, examiner si le domicile plus ou moins caractérisé qui est invoqué, a pu avoir une influence sur le contrat. La question est donc sensiblement déplacée, et la détermination du domicile devient moins essentielle.

SECTION XV

Domiciles divers

- § 1. — Le domicile pour l'assistance judiciaire.
- § 2. — Le domicile nécessaire à la célébration du mariage.
- § 3. — Le domicile dans les arrêtés monétaires d'Alsace-Lorraine.
- § 4. — Hypothèque légale et caution *judicatum solvi*.
- § 5. — Le domicile dans la contrainte par corps.

§ 1. — *Le domicile pour l'assistance judiciaire*

Le droit à l'assistance judiciaire a été très contesté aux étrangers. Ceux qui leur accordaient le bénéfice de cette institution invoquaient la généralité des termes de la loi du 22 janvier 1851, et le défaut d'exclusion formelle dans aucun texte. Ceux qui étaient, au contraire, partisans de le leur refuser en faisaient un droit qu'aucun texte n'accordait aux étrangers ; ils tiraient argument de l'esprit général de notre législation qui a entouré d'obstacles pour les étrangers l'accès des tribunaux français (incompétence générale, caution *judicatum solvi*, etc.). De plus ils voyaient à cela deux impossibilités pratiques ; l'une tirée de ce que l'étranger indigent ne pourrait fournir la caution *judicatum solvi*, l'autre de ce qu'il ne pourrait pas fournir davantage les attestations nécessaires que doivent délivrer les autorités du domicile, puisque les étrangers n'ont pas de domicile légal en France.

La jurisprudence semble être restée assez perplexe. Jusqu'en 1860, plusieurs décisions avaient admis des étrangers au bénéfice de l'assistance judiciaire (1), mais le 20 mai 1860 le bureau près la Cour de Nancy se prononça formellement en sens contraire (2), et il fut généralement imité par la suite (3).

La loi du 10 juillet 1901, prescrivant que l'assistance judiciaire peut être accordée en tout état de cause, à toute personne, ne modifia pas la situation. Cependant la décision la plus récente, celle du bureau près la Cour de Riom, en date du 18 mars 1921 (4), a adopté un système plus souple : « Si la loi du 10 juillet 1901, dit-elle, ne crée pas au profit de l'étranger non domicilié, et en l'absence d'un traité, un droit incontestable à l'obtention de l'assistance judiciaire, elle ne l'exclut pourtant pas de ce bénéfice, qui peut, à défaut de prohibition, lui être attribué dans certaines circonstances favorables sans qu'il soit fait échec aux dispositions de notre droit public et international, et aux intérêts de nos nationaux ». L'assistance judiciaire devient donc une faveur que nos tribunaux sont libres d'accorder ou de refuser selon les circonstances de l'affaire.

Il est évident que, dans ce cas, le domicile n'a qu'une importance assez minime. Cependant la loi du 10 août 1927 a supprimé une classe d'étrangers qui jouissaient de l'assistance judiciaire : ceux dont le domicile avait été autorisé par le Gouvernement ; ce droit ne leur avait, en effet, jamais été contesté.

En général, les auteurs étaient favorables à l'octroi de l'assistance judiciaire à l'étranger lorsqu'il avait en France un domicile de fait (5).

(1) Seine, 18 octobre 1856 ; Sartène, 2 mai 1859 ; Soissons, 28 août 1861 ; cités D. 1886, 3, 104.

(2) S. 1865, 2, 243 ; D. 1866, 3, 80.

(3) Bureau de Boulogne-sur-Mer, 26 décembre 1884 ; Bureau de la Cour de Paris, 30 mai 1891 ; lettre du Ministre de la Justice, 18 août 1876 ; 11 juin 1897 ; le tout rapporté par l'arrêtiste au D. 1922, 2, 11.

(4) D. 1922, 2, 11 ; S. 1921, 2, 103.

(5) ROUARD DE CARD, *passim* ; WEISS, DESPAGNET, DE BOECK, BAUDRY et HOUQUES, cités par l'arrêtiste, S. 1921, 2, 109. — *Contra* : PIC, note au D. 1894, 2, 409 ; SURVILLE et ARTHUYS ; VALÉRY, cités par l'arrêtiste S. 1921, 2, 109.

C'est cette solution qui a été adoptée par les nombreux traités diplomatiques qui ont rendu la question sans grand intérêt pratique. Tous s'en remettent unanimement à la notion de « résidence habituelle » qui, on le sait, exclut le domicile de dépendance et néglige la conformité de l'intention et le caractère principal de l'établissement (1).

§ 2. — *Domicile nécessaire à la célébration du mariage*

Dans l'ancien droit déjà, à la suite du concile de Trente, un édit de 1697, avait imposé aux futurs époux l'obligation de se marier devant le curé de la paroisse où ils étaient domiciliés depuis au moins six mois, si leur domicile précédent se trouvait dans le même diocèse, et depuis au moins un an, dans le cas contraire. Avec raison, Denisart (2) avait vu là un domicile particulier échappant aux règles du droit commun, ne serait-ce que par le délai qu'il imposait.

Suivant cette tradition, le Code civil de 1804, prévoyait dans les articles 63 ss. et 165 ss. que les publications devaient être faites au domicile des futurs époux et à leur domicile antérieur si le domicile actuel était établi depuis moins de six mois. Refuser d'appliquer ce texte aux étrangers eût été les priver du droit de contracter mariage en France ; il fallait donc admettre qu'ils pouvaient, sous ce rapport, avoir un domicile en France, dans les mêmes conditions que les nationaux (on ne pouvait en effet exiger d'eux ni des conditions plus sévères qui restreindraient leur droit de se marier, ni des conditions plus larges qui les favoriseraient).

La loi du 21 juin 1907 a officiellement assimilé, dans

(1) Suisse, 15 juin 1869 ; Italie, 19 février 1870 ; Belgique, 22 mars 1870 ; Espagne, 14 mai 1889 ; Mexique, 27 novembre 1886 ; Uruguay, 23 mars 1885 ; Bulgarie, 13 janvier 1906 ; Tchécoslovaquie, 7 octobre 1922 ; Autriche, 4 mars 1925.

(2) VI, p. 667, V^o *Domicile*, § 6, où sont rapportées de nombreuses affaires auxquelles a donné lieu ce domicile particulier : aff. Daminois, aff. de Blangelval, aff. de Rouvray, aff. du prince de Carignan, aff. Chemin, avec dans chacune de ces affaires, les conclusions de l'avocat général Gilbert de Voisins.

tous ces textes, la résidence au domicile, afin de faciliter les formalités du mariage. Il y a là une atténuation certaine des conditions exigées antérieurement, et l'étranger doit en profiter. Il faut maintenir ici, à notre avis, l'assimilation de l'étranger au national, pour les raisons que nous avons indiquées, à savoir qu'ils ont, au sujet du mariage, des droits strictement égaux à ceux des nationaux.

La notion du domicile dans ce cas devra donc être identique à celle du droit interne. Il en sera de même, selon nous, de toutes les lois spéciales ou textes spéciaux qui auront établi pour nos nationaux certains droits conditionnés par un domicile ; le domicile exigé vis-à-vis des étrangers devra alors être le même, si toutefois on leur accorde la jouissance du droit en question.

§ 3. — *Le domicile dans les arrêtés monétaires d'Alsace-Lorraine*

Nous avons déjà parlé des arrêtés monétaires de 1918 et 1919 et de la condition de « domicile en Alsace-Lorraine au 1^{er} août 1914 » qu'ils exigeaient pour permettre la revalorisation des créances au taux de 1 fr. 25 pour 1 mark. Nous y insisterons d'autant moins que c'est un régime transitoire, et nous renvoyons à la thèse de Rebourset qui a étudié la question du domicile dans les pages 97 à 111.

Pour cet auteur la loi applicable à la détermination du domicile est la loi allemande, on sait que nous ne partageons pas cet avis. En tout cas, depuis la parution de ce travail, la Cour de Cassation s'est prononcée sur les arrêts de la Cour de Colmar qui lui étaient déférés, et elle s'est reconnu le droit de définir le domicile prévu par les arrêtés (1).

Elle a exigé, pour la réalisation de ce domicile, un « établissement stable et permanent ». Ce n'est donc pas

(1) Cassation, 21 mars 1928, D. 1928, 1, 131, Clunet, 1929, p. 164 ; Cassation, 11 juillet 1928, Clunet, 1929, p. 746.

le domicile de l'article 102 C. c., c'est encore un domicile particulier, spécial au but qu'il doit remplir.

Nous n'approfondissons pas davantage cette notion, mais on voit suffisamment qu'elle diffère de toutes celles que nous avons vu employer jusqu'ici dans les diverses institutions juridiques.

§ 4. — *Hypothèque légale et caution judicatum solvi*

On trouve parfois mention du domicile dans les questions d'hypothèque légale, mais nous n'avons pas à nous en préoccuper. Il s'agit là, selon la jurisprudence, d'un droit civil dont ne jouissent que les Français, les étrangers bénéficiant de la réciprocité diplomatique, et les étrangers admis à domicile (1). Le domicile exigé dans ce cas était donc tout simplement un domicile autorisé, et nous avons déjà étudié cette notion au chapitre I, section III de la II^e partie.

Il en est de même en matière de caution *judicatum solvi*. La dispense de fournir caution est assurément un droit civil. Mais le droit de réclamer la caution de l'étranger demandeur en est-il un également ? L'ancien droit ne le pensait pas, et la jurisprudence moderne à ses débuts avait d'abord suivi la tradition (2) appuyée d'ailleurs par les auteurs (3).

(1) Cf. en particulier : Liège, 16 mai 1823 (S. chron.) ; Douai, 22 juin 1844 (D. 1844, 2, 201) ; Bordeaux, 14 juillet 1845 (D. 1846, 2, 163) ; S. 1846, 2, 394, aff. Palmer) ; Paris, 19 août 1851 (S. 1853, 2, 117) ; Metz, 6 juillet 1853 (D. 1854, 2, 106, S. 1853, 2, 547, aff. Viennet) ; Grenoble, 29 mars 1855 (S. 1856, 2, 484) ; Alger, 21 mars 1860 (S. 1861, 2, 65) ; Cassation, 20 mai 1862 (S. 1862, 1, 673, aff. Séligman) rendu contrairement aux conclusions de l'avocat général de Raynal ; Cassation, 5 novembre 1878 (S. 1879, 1, 126) ; Cassation, 4 mars 1884 (S. 1884, 1, 273, D. 1884, 1, 205) rendu contrairement aux conclusions de l'avocat général Desjardins ; Paris, 13 août 1889 (D. 1890, 2, 161, aff. Faher ben Aïad) ; Alger, 25 mars 1895 (D. 1896, 2, 38, S. 1896, 2, 299) ; Cassation, 27 janvier 1903 (D. 1903, 1, 249, S. 1904, 1, 81) ; Seine, 25 mars 1926 (D. H. 1926, p. 343).

(2) Orléans, 26 juin 1828 (S. 1828, 2, 193) ; Pau, 3 décembre 1836 (S. 1837, 2, 263).

(3) MERLIN, V^o *Caution judicatum solvi* ; LEPAGE, CARRÉ, THOMINE-DEMAZURE, FAVARD DE LANGLADE, DELVINCOURT, cités par l'arrétiste au S. 1837, 2, 363 ; DEMANGEAT, p. 400 ; BONSENNE, MAILHER DE CHASSAT,

Mais de bonne heure, la jurisprudence se ravisa (1) et non seulement elle vit un droit civil dans le droit de réclamer la caution, mais elle en fit même un privilège de nationalité (2). Les auteurs modernes approuvent également cette solution (3).

§ 5. — *Le domicile dans la contrainte par corps*

Avant l'abolition de la contrainte par corps, de nombreuses difficultés s'étaient élevées à propos du domicile en cette matière. Nous ne les rappelons que pour mémoire. Il y avait deux sortes de contrainte par corps contre les étrangers : l'une s'exerçait avant le jugement, et du seul fait de la dette, c'était l'arrestation provisoire ; l'autre s'exerçait après le jugement de condamnation, c'était la contrainte par corps proprement dite.

Aux termes des articles 15 et 16 de la loi du 17 avril 1832, il suffisait que l'étranger soit domicilié, pour se soustraire à l'arrestation provisoire, mais il suffisait aussi de posséder des immeubles ou un établissement commercial, et ceci devait tout naturellement expliquer cela. Tel était l'avis unanime de la doctrine (4) et la jurisprudence semblait être également en ce sens (5).

Mais pour se soustraire à la contrainte par corps proprement dite visée à l'article 14 de la loi du 17 avril 1832, il était indispensable que l'étranger possédât en France un domicile autorisé, et rien ne pouvait remplacer cette autorisation. Bonfils estimait, au contraire, qu'il suffisait d'un domicile dans les termes des articles 102 à 105 C. c. (6) et il justifiait son opinion par des arguments

Roland DE VILLARGUES, GUICHARD, ZACCHARIAE, BOITARD, CHAUVEAU, COIN-DELISLE, cités par l'arrétiste au S. 1842, 1, 474.

(1) Paris, 28 mars 1832 (S. 1832, 2, 388) ; Paris, 30 juillet 1834 (S. 1834, 2, 434).

(2) Cassation, 15 avril 1842 (S. 1842, 1, 474) ; Paris, 12 avril 1856 (S. 1857, 2, 104, aff. Brown c. Vernon) ; Paris, 2 juillet 1861 (S. 1861, 2, 614, aff. Bossi) ; Paris, 18 mai 1909 (S. 1909, 2, 201).

(3) WEISS, IV, p. 259, et la note 1 où se trouve un état très complet de la jurisprudence et de la doctrine sur la question.

(4) BONFILS, p. 90, n° 95.

(5) Paris, 25 août 1842 (S. 1842, 2, 372).

(6) P. 135, § 157.

tirés du but même poursuivi par la loi ; mais la jurisprudence ne l'a suivi en aucune façon et a toujours impérieusement exigé un décret d'admission à domicile (1). Si d'ailleurs ce décret survenait après la condamnation, il faisait cesser la contrainte par corps (2) ; mais si, par contre, l'autorisation venait à être retirée à l'étranger qui, grâce à elle, avait échappé à la contrainte par corps, il ne perdait cependant pas pour cela le bénéfice de cette exemption (3).

Quant au droit d'exercer l'arrestation provisoire ou la contrainte par corps contre l'étranger débiteur, la jurisprudence ne l'accordait en aucun cas à l'étranger créancier. De nombreux arrêts ont déclaré expressément que ce droit constituait un privilège de nationalité (4).

Cependant, à la veille de l'abrogation de la loi, on consentit cependant à accorder ce droit aux étrangers qui justifiaient d'une admission à domicile (5).

Il y avait donc deux notions de domicile utilisées en matière de contrainte par corps : l'une, celle que l'on appliquait à l'article 14 de la loi du 17 avril 1832, était celle du domicile autorisé ; l'autre, celle que l'on appliquait aux articles 15 et 16 de la même loi, était une notion spéciale, dont l'analyse devait se faire à l'aide du contexte de la loi, et qui ne ressemblait à aucune de toutes celles que nous avons étudiées jusqu'ici.

(1) Paris, 25 août 1842 (S. 1842, 2, 472) ; Pau, 5 décembre 1844 (S. 1844, 2, 617, aff. Dremmler) ; Paris, 15 décembre 1855 (S. 1856, 2, 472) ; Paris, 15 décembre 1855 (S. 1856, 2, 159). Cf. cependant le curieux arrêt de la Cour de cassation du 6 février 1826 (S. chron., aff. Canaja) qui a affranchi de la contrainte par corps un étranger parce que dans les qualités du jugement rédigées par la Régie elle-même, cet étranger était désigné comme « domicilié » à Marseille, y demeurant aux allées de Meilhan, n° 63).

(2) Paris, 25 avril 1834 (S. 1834, 2, 494).

(3) Paris, 17 janvier 1863 (S. 1864, 2, 33).

(4) Seine, 12 septembre 1862, aff. Arnthal (D. 1866, 3, 77) ; Seine, 3 novembre 1861 (D. 1866, 96) et 22 novembre 1864 (D. 1866, 3, 80, aff. Austen) qui ont accordé ce droit à des étrangers parce qu'ils agissaient au nom d'une société française ; jugement de la Seine rapporté sous l'arrêt infirmatif de Paris du 9 mai 1865 (D. 1866, 2, 176, aff. Mathias).

(5) Paris, 9 mai 1865 (D. 1866, 2, 176, aff. Mathias) ; Seine, 28 avril 1866 (D. 1866, 3, 77, aff. Vaeldin c. Schuhmann).

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Nous avons dit, au début de nos explications, que le domicile en droit français (et il en est probablement de même dans les législations étrangères) varie suivant les institutions juridiques où il intervient, et que cette notion n'est pas strictement la même dans ces cas différents. Nous croyons en avoir fait la preuve au cours de ce chapitre. Nous avons individualisé de notre mieux un nombre respectable de notions dissemblables du domicile et nous n'avons pas la prétention d'en avoir dressé une liste complète.

Il n'y a donc pas un domicile, il y en a plusieurs, il y en a à peu près autant que d'effets différents attribués au domicile, et la définition de chacun d'eux dépend à chaque fois du rôle qu'il doit remplir.

Certes, ils ont tous des caractères communs, qui ont permis de les grouper sous une même étiquette, en leur appliquant le terme générique de « domicile », mais c'est là une source de confusions pratiques due à la négligence des législateurs. En fait, ainsi que nous l'avons vu, le dosage des éléments est infiniment varié ; le fait matériel et l'intention se combinent dans des proportions délicates à déterminer.

Tantôt l'élément matériel, réduit à sa plus simple expression, absorbe à lui seul la presque totalité de cette analyse, tantôt il s'affirme et se précise, il se joint à l'intention, s'associe avec elle dans un harmonieux équilibre où la notion de domicile trouve son expression idéale, tantôt il lui cède du terrain, s'efface graduellement devant elle jusqu'à disparaître complètement, comme c'est le cas dans la notion du domicile matrimonial.

Les différents domiciles forment donc une gamme assez complète qui permet de passer de l'un à l'autre par

des nuances à peine sensibles. Mais il importe cependant de ne pas perdre de vue cette diversité si l'on veut donner une solution correcte au problème du domicile en droit international privé.

CONCLUSION

Nous avons pour but de dégager les règles juridiques qui permettent de déterminer le domicile d'un individu. Nous avons donc recherché tout d'abord, au cours de notre première partie, quelle était la loi applicable à la détermination du domicile. Puis, pour les cas où cette loi se trouve être la loi française, nous avons, dans notre seconde partie, examiné la notion du domicile en droit international privé français.

Il nous semble que l'on peut tirer du résultat de ces deux ordres de recherches, une conclusion générale identique et que le même principe de solution trouve son application dans les deux cas.

C'est que la détermination du domicile n'est pas un problème qui se suffit à soit-même; il est indissolublement lié au problème connexe des effets du domicile. Certes, il conditionne la solution définitive de ce dernier, mais par contre, sa propre utilité et par conséquent sa propre existence, sont à leur tour conditionnées par lui. L'un met en pratique ce que l'autre établit en théorie. C'est pourquoi le second (effet du domicile) est antérieur au premier (détermination du domicile).

En aucun cas le domicile ne doit être considéré indépendamment de ses effets. On ne peut le déterminer sans le faire en vue d'un but préalable. En un mot, il n'est pas une fin, mais un moyen.

Cette corrélation pratique entre le domicile et ses effets nous fournit la clé de toutes les difficultés qui peuvent s'élever en la matière. On comprend ainsi que la loi applicable à la loi du domicile soit naturellement celle qui en a posé l'effet; on comprend également que, à l'intérieur de la même législation, les effets attribués au domicile étant nombreux et variés, à chaque effet cor-

répondre une notion particulière et spéciale. La détermination du domicile est d'un bout à l'autre une question d'interprétation de la loi, il faut donc rechercher ce que la loi qui a donné effet au domicile a voulu dire en le posant comme condition. C'est à dire que non seulement il faut pour cela s'adresser à la législation de l'Etat qui a fait intervenir dans la vie internationale cet élément nouveau, mais qu'il faut encore rechercher dans cette législation même la notion particulière qu'une loi spéciale a pu fixer sur le point précis que pose l'espèce soumise au tribunal.

Le législateur, chaque fois qu'il a fait appel au domicile, avait en vue un but particulier, qui était rarement le même ; de là, la variété des notions du domicile destinées à satisfaire aux différents buts des législateurs successifs. Mais cette différence qui existait très certainement dans l'esprit de leurs auteurs, les lois n'en contenaient pas, à vrai dire, la preuve explicite dans leur texte même. C'est la jurisprudence, qui s'est chargée, plus ou moins ouvertement, de créer ainsi des notions sensiblement différentes, affectées chacune à un usage particulier.

Nous avons eu de la peine à préciser autant que possible les éléments ondoiyants de ces notions variées. Le système de la jurisprudence est extrêmement souple, sans lignes bien nettes, sans définitions rigides. Il y a là, à n'en pas douter, la manifestation d'une tendance habituelle de nos tribunaux. En droit international privé, plus qu'ailleurs, ils veulent conserver une entière liberté d'action, ne se laisser emprisonner ni dans des formules, ni par des principes, et il faut avouer qu'ils ont beau jeu, dans une matière où les textes législatifs font à peu près complètement défaut. En possédant du domicile des formules diverses, imprécises et incertaines, ils ont la possibilité de déclarer que le domicile requis est caractérisé ou ne l'est pas, selon la solution qu'ils estiment nécessaire de donner à une affaire, en considération des circonstances de la cause. Ainsi ils ont toute liberté pour se décider, tant au mieux de l'intérêt de la souveraineté qu'ils représentent, que de l'intérêt des parties en

cause, et même de l'intérêt des relations internationales.

Faut-il blâmer ce système préconçu dont il y a tant de manifestations en droit international privé ? C'est la vieille querelle entre la loi écrite et la coutume ; notre droit international privé est un droit coutumier. N'est-ce pas après tout la meilleure forme qui convienne à un droit relativement neuf, pas encore dégagé de ces « broussailles » que lui reprochait Thaller, et dont les théoriciens les plus éminents se répartissent dans des camps opposés à propos de tant de controverses.

Nous n'approuvons pas entièrement toutes les solutions de la jurisprudence (nous avons tenu cependant à montrer qu'elle pouvait presque toujours se concilier avec nos idées) ; mais nous admettons, dans leur principe, les pouvoirs considérables qu'elle s'est attribuée. Ils lui permettent en effet de donner dans chaque litige la solution la meilleure qui convienne aux intérêts des parties en cause. Assurer la bonne entente dans les rapports internationaux par une sage et équitable jurisprudence dans les relations entre particuliers, n'est-ce pas là l'essentiel du rôle du juge, n'est-ce pas là le but même du droit ? C'est ce que M. de la Morandière a récemment montré (1).

Quelle que soit la part de liberté qu'il convient d'abandonner à la jurisprudence, on ne peut cependant laisser complètement dans le vague une question aussi importante que celle de la détermination du domicile. C'est pourquoi nous avons cru utile de poser d'une part certains principes fondés, non pas sur des conceptions *a priori*, mais sur les nécessités de la logique, et d'élucider d'autre part, autant que faire se pouvait, les notions diverses du domicile qui paraissaient ressortir des solutions jurisprudentielles.

L'attention de la doctrine a fort heureusement commencé à se porter sur les questions de domicile (Niboyet, Lévy-Ullmann, Société d'Etudes législatives) ; il est souhaitable qu'elle s'y maintienne jusqu'à ce que le problème de sa détermination intégrale soit parfaitement

(1) Préface à l'édition commerciale de la thèse de M. Battifol.

connu. En effet, cette notion est en période de crise (Loi du 10 août 1927, codification projetée, affaire Marchi della Costa), l'on se propose d'autre part très sérieusement d'agrandir dans des proportions considérables le champ de ses effets ; il est donc essentiel de la connaître le mieux possible et nous croyons qu'il y a là matière à d'intéressantes découvertes.

Le domicile constitue en effet un domaine à peu près délimité, mais en réalité inexploré jusqu'à ce jour. L'étude de cette notion si riche et d'usage si courant, n'a tenté, chose curieuse, à peu près personne en France. Elle est semblable en cela à ces raretés renommées et merveilleuses, qu'ignorent précisément ceux qui en sont les plus proches voisins.

Vu :

Le Doyen
de la Faculté de droit de Paris,

H. BERTHÉLEMY.

Vu :

Le Président de la Thèse
J. DE LA MORANDIÈRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLÉTY.

BIBLIOGRAPHIE

DES OUVRAGES CONSULTÉS ET CITÉS

AUTEURS DE DROIT PRIVÉ

- Arntz.** — Cours de droit civil français.
Aubry et Rau. — Cours de Droit civil, 5^e édit. revue par **Bartin**.
Baudry-Lacantinerie et Houques. — Droit civil.
Battur. — Traité des hypothèques.
Beudant. — L'état et la capacité des personnes.
Colin et Capitant. — Traité élémentaire de Droit civil.
Delvincourt. — Cours de Droit civil.
Demante et Colmet de Santerre. — Cours de Droit civil.
Demolombe. — Traité de Droit civil.
Duranton. — Cours de Code civil.
Guillouard. — Contrat de mariage.
Huc. — Traité de Droit civil.
Laurent. — Traité de Droit civil.
Lyon-Caen et Renault. — Traité de Droit usuel.
Marcadé. — Cours de Code civil.
Lyon-Caen et Renault. — Traité de Droit usuel.
Odier. — Contrat de mariage.
Pardessus. — Droit commercial.
Planiol. — Traité élémentaire de Droit civil.
Planiol et Ripert. — Traité pratique de Droit civil. Tome I^{er} par **Savatier**.
Proud'hon. — Etat des personnes.
Troplong. — Cours de Droit civil.
Toullier. — Cours de Droit civil.
Zacchariæ. — Commentaire du Code Napoléon.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES DU CODE CIVIL

- Loché.** — Législation française.

AUTEURS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

TRAITÉS GÉNÉRAUX

Asser et Rivier. — *Eléments de Droit international privé et du Conflit des lois.*

Audinet. — *Principes élémentaires de Droit international privé.*

Von Bar. — *Theorie und Praxis.*

Bartín. — *Etudes de Droit international privé.*

Bartín. — *Principes de Droit international privé.*

Bertauld. — *Questions doctrinales et pratiques.*

Bioche. — *Cours de Droit international privé.*

Bluntschli. — *Droit international codifié.*

Brocher. — *Cours de Droit international privé.*

Calvo. — *Droit international.*

Despagnet. — *Précis de Droit international privé, 6^e édit., revue par de BOECK.*

Dicey. — *A digest of the law of England, with reference to the conflicts of law, 5^e édit.*

Diena. — *Diritto commerciale.*

Durand. — *Essai de Droit international privé.*

Fiore. — *Droit international privé ; 2^e édit., traduction Antoine.*

Foelix. — *Traité de Droit international privé, revu par DEMANGEAT.*

Foote. — *A concise treaty on private international law.*

Lainé. — *Introduction au Droit international privé.*

Lainé. — *Etude sur le titre préliminaire du projet de révision du Code civil belge.*

Laurent. — *Droit civil international.*

Lehr. — *Eléments de Droit civil anglais.*

Lerebours-Pigeonnière. — *Petit précis de Droit international privé.*

Mailher de Chassat. — *Traité des statuts.*

Massé. — *Le Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens, etc.*

Niboyet. — *Précis de Droit international privé, 2^e édit. du Précis de PILLET et NIBOYET.*

Niboyet et Goulé. — *Recueil des textes usuels de Droit international.*

Pillet. — *Principes de Droit international privé.*

Pillet. — *Traité pratique de Droit international privé.*

Roguin. — *Traité de Droit civil comparé.*

Rollin. — *Principes de Droit international privé.*

Savigny. — *Système, tome VIII, trad. Guenoux.*

Story. — *Commentaries on the conflicts of law.*

Surville et Arthuys. — *Cours élémentaire de Droit international privé 7^e édit.*

Valéry. — *Manuel de Droit international privé.*

- de Vareilles-Sommières.** — La synthèse du Droit international privé.
Vincent et Penaud. — Dictionnaire de Droit international privé.
Weiss. — Traité théorique et pratique de Droit international privé.
Westlake. — Private international law.

MONOGRAPHIES ET ÉTUDES PARTICULIÈRES

- Bartin.** — Etude sur les effets internationaux des jugements.
Barbosa de Magalhaes. — La loi du domicile en Droit international privé. Cours de La Haye.
Bentwich. — The law of domicil in the relations to succesions and the doctrine of renvoi.
Bonfils. — Compétence des tribunaux français entre étrangers.
Campistron. — La nationalité d'après la loi de 1889.
Carle et Dubois. — La faillite en Droit international privé.
Cassin. — La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois. Cours de La Haye.
Champcommunal. — De la succession des étrangers en Droit international privé.
Demangeat. — Condition civile des étrangers en France.
Demogue. — L'unification internationale du Droit privé.
Geoffre de Lapradelle. — La nationalité d'origine.
Glard. — De l'acquisition et de la perte de la nationalité française.
Grec. — Des modes d'acquisition de la qualité de français.
Jitta. — La codification du Droit international de la faillite.
Le Sueur et Dreyfus. — La nationalité française.
Lévy-Ullmann. — La part de la doctrine et de la jurisprudence dans l'élaboration du Droit anglais contemporain (Cours professé à la Faculté de Paris), 1930-1931.
Niboyet. — Froland, les conflits de qualifications et la question du renvoi.
Pellerin. — Etude pratique sur les successions en droit anglais.
Pellerin. — Etude pratique sur les successions en droit américain.
Pillet. — Des personnes morales en droit international privé.
Pillet. — De l'ordre public en droit international privé.
Potu. — La théorie du renvoi en droit international privé.
Renault. — De la succession *ab intestat* des étrangers domiciliés en France.
Rouard de Card. — L'assistance judiciaire et les étrangers.
Soloman. — Condition juridique des étrangers.
Thaller. — La faillite en droit comparé.
Travers. — L'unité de la faillite.
Vincent. — Les étrangers devant les tribunaux français.

THÈSES

- Ancelle.** — Du domicile en droit français, Paris, 1875.
Antoine. — Des successions en droit international privé, Nancy, 1876.
Bard. — Les règles de compétence dans le traité franco-suisse du 15 juin 1869. Paris, 1912.

- Battifol.** — Influence de la loi française sur la capacité des étrangers en France. Paris, 1929.
- Bennet.** — Le domicile des étrangers en France. Toulouse, 1923.
- Bettencourt.** — Le domicile en droit français. Paris, 1850.
- Capitant (Maurice).** — De la détermination des individus dont le statut juridique est influencé par les traités de Droit privé. Paris, 1927.
- Chavannes.** — Le domicile en Droit français, Paris, 1863.
- Caleb.** — Essai sur le principe d'autonomie de la volonté en Droit international privé. Strasbourg, 1927.
- Deglin.** — Le contrat de mariage en Droit comparé et en Droit international. Nancy, 1883.
- Donnedieu de Vabres.** — Evolution de la jurisprudence en matière de conflit de lois. Paris, 1905.
- Gaspard.** — Le domicile en droit français, Paris, 1851.
- Gerbaut.** — Compétence des tribunaux français. Nancy, 1882.
- Glard.** — De la condition des meubles en droit international privé. Rennes.
- Grouitch.** — De la tutelle des mineurs en Droit international privé. Paris, 1897.
- L'Ebraly.** — L'admission à domicile et ses effets. Paris, 1898.
- Loiseau.** — Du domicile comme principe de compétence législative. Paris, 1893.
- Louiche-Defontaines.** — Influence de l'émigration. Paris, 1880.
- Marion.** — La loi du domicile en matière successorale dans la jurisprudence anglaise. Paris, 1906.
- Morel-Fatio.** — La nationalité des sociétés. Paris, 1931.
- Neveu.** — Du régime des biens entre époux au point de vue du Droit international privé. Paris, 1903.
- Niboyet.** — Conflits de lois relatifs à l'acquisition de la propriété et de droits sur les meubles. Paris, 1922.
- Pépy.** — De la nationalité des sociétés de commerce. Paris, 1919.
- Pallamary.** — Des conflits de législation relatifs aux conventions matrimoniales. Paris, 1884.
- Prud'homme.** — La loi territoriale et les traités diplomatiques devant les juridictions des Etats contractants. Paris, 1910.
- Rebourset.** — Les arrêtés monétaires de 1918-1919 en Alsace-Lorraine, Strasbourg, 1923.
- Ricaud.** — Des régimes matrimoniaux au point de vue du Droit international privé. Paris, 1886.
- Rougelot de Lioncourt.** — Du conflit. Paris, 1883.

ANCIEN DROIT

- D'Argentré.** — Commentaires sur la Coutume de Bretagne.
- Bacquet.** — Traité du droit d'aubaine ; traité du droit de déshérence.
- Easnage.** — Commentaires sur la Coutume de Normandie.
- Bouchel.** — Bibliothèque, V^e Domicile.
- Bouhier.** — Observations sur la Coutume du duché de Bourgogne.
- Boullenois.** — Traité de la personnalité et de la réalité des lois.

- Boullenois.** — Dissertation sur les questions qui naissent de la contrariété des lois.
- Boullenois.** — Traité des démissions de biens.
- Bourdou de Richebourg.** — Coutumier général.
- Bourjon.** — Droit commun de la France.
- Brillon.** — Dictionnaire du Droit.
- Brodeau.** — Commentaires sur la Coutume de Paris.
- Choppin.** — Commentaires sur la Coutume de Paris.
- Coquille (Guy).** — Questions et réponses.
- Denisart.** — Collections de décisions nouvelles.
- Dumoulin.** — Omnia Opera.
- Ferrière.** — Coutume de Paris.
- Froland.** — Mémoire sur le velleien.
- Froland.** — Mémoire concernant la nature et la qualité des statuts.
- Journal du Palais.** — Edition in folio.
- Lauterbachius.** — Dissertationes academicae.....
- Laurière.** — Coutume de Paris.
- Lebrun.** — Traité de la communauté ; traité des successions.
- Loysel.** — Institutes coutumières.
- Merlin.** — Répertoire général du Droit français.
- Pothier.** — Œuvres complètes, édit. Bugnet.
- Ricard.** — Traité des donations.
- Rodenburgh.** — De jure quod eritur.
- Scholiaste de **François Perrier (le).**
- Tiraqueau.** — Le retrait lignager.
- Tronçon.** — Coutume de Paris.

PÉRIODIQUES ET RECUEILS

- Dalloz périodique. Jurisprudence générale, abrégativement : D.
- Sirey. Recueil de jurisprudence générale, abrégativement : S.
- Dalloz hebdomadaire, abrégativement : D. H.
- Journal de Droit international privé, abrégativement : Clunet.
- Revue du Droit international privé, et du droit pénal international, abrégativement : Revue.
- Gazette du Palais, abrégativement : Gaz. Pal.
- Gazette des tribunaux, abrégativement : Gaz. trib.
- Journal de l'Enregistrement, abrégativement : J. E.
- Semaine juridique, abrégativement : Sem. Jur.
- Bulletin de la Société d'Etudes législatives, abrégativement : Bulletin.



Les références citées sont ainsi établies : le nom de l'auteur (si cet auteur est plusieurs fois nommé dans la présente bibliographie, mais alors seulement, nous précisons le titre de l'ouvrage), le tome (si l'ouvrage est en plusieurs tomes), et la page (Nous indiquons en outre le paragraphe ou le numéro lorsque l'ouvrage en comporte).

C. c., signifie : du Code civil.

Proc., signifie : du Code de procédure civile.

Pén., signifie : du Code pénal.

ss., signifie : et suivants (ou suivantes).

For., signifie : du Code forestier.

Com., signifie : du Code de commerce.

ARTICLES DE DOCTRINE

Anonyme. — De la loi qui détermine le domicile en droit anglo-américain (Revue, 1908, p. 392).

Appert. — L'interprétation des traités diplomatiques au cours d'un procès (Clunet, 1899, p. 433).

Aubry. — Le rôle de l'autonomie de la volonté (Clunet, 1896, p. 485 et 721).

Audinet. — Du conflit entre les lois personnelles des époux lorsque la femme française ou étrangère conserve sa nationalité primitive (Clunet, 1930, p. 326).

Basdevant (Suzanne). — La clause de la nation la plus favorisée. Répertoire de Droit international, eod. v°.

Champcommunal. — Un conflit de lois à l'ordre du jour : le ménage à nationalités différentes (Revue, 1929, p. 1).

Chausse. — Du rôle international du domicile (Clunet, 1897, p. 5).

Daguin. — L'exécution des jugements étrangers en France (Clunet, 1888, p. 33).

Despagnet. — De l'impossibilité d'arriver à une solution définitive des conflits de lois (Clunet, 1898, p. 253).

Donnedieu de Vabres. — De l'impossibilité d'arriver à une solution définitive des conflits de lois (Clunet, 1905, p. 1231).

Féraud-Giraud. — Compétence des tribunaux français pour connaître des contestations entre époux étrangers (Clunet, 1885, p. 225 et 375).

Glasson. — La compétence des tribunaux français entre étrangers (Clunet, 1881, p. 113).

Grunberg-Vinaver (Sophie). — Répertoire de Droit international privé, v° Domicile et Résidence.

J. Lefebvre. — « Décès d'un étranger ayant en France un domicile de fait (Droit fiscal) » (Clunet, 1930, p. 250).

J. Lefebvre. — « La déclaration d'impôt sur le revenu et les personnes non domiciliées en France » (Clunet, 1930, p. 105).

Leroy-Beaulieu. — « La question des étrangers en France au point de vue économique » (Clunet, 1888, p. 169).

- Lorenzen.** — Le renvoi dans la jurisprudence anglo-américaine (Clunet, 1911, p. 11).
- Mazas.** — « De la combinaison entre la théorie du renvoi et celle de l'autonomie à propos du régime matrimonial des époux mariés sans contrat ».
- Niboyet.** — A propos de la nationalité des Sociétés. Revue, 1927, p. 402.
- Valéry.** — La loi du 10 août 1927 et le domicile des étrangers (Clunet, 1928, p. 592).
- Wahl.** — Le rôle du domicile en droit fiscal international (Revue, 1906, p. 80 et 615).
- Weiss.** — L'admission à domicile des étrangers en France et la loi du 26 juin 1889 (Clunet, 1899, p. 5).
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION. — Importance du domicile en droit international privé : historique et rôle du domicile, son avenir possible ; son rôle en droit international privé français contemporain. Difficulté qu'il y a à déterminer le domicile : exemple tiré du décret du 30 juin 1860. Plan.	1

PREMIÈRE PARTIE

Le conflit de lois sur la détermination du domicile

CHAPITRE PREMIER. — LE PROBLÈME.	16
SECTION I. — <i>Importance du problème.</i>	16
§ 1. — Mécanisme du conflit que nous étudions.	16
§ 2. — Matières dans lesquelles il intervient.	18
N° 1. — Domaine international (traités de droit privé ; traités d'annexion.	18
N° 2. — Domaine national (conflit de lois ; conflits de juridictions ; nationalité ; condition des étrangers.	19
SECTION II. — <i>Le problème dans la doctrine.</i>	23
§ 1. — La détermination du domicile dans l'ancien droit. . . .	23
N° 1. — Difficultés matérielles.	23
N° 2. — Dispositions des coutumes au sujet du domicile .	25
N° 3. — Unité des solutions.	27
§ 2. — Les auteurs français depuis le Code civil	29
§ 3. — Les auteurs étrangers	32
SECTION III. — <i>Le problème devant la jurisprudence.</i>	33
§ 1. — Carence de la jurisprudence française sur ce point. . .	33
§ 2. — Cas où elle a soupçonné la question.	34
N° 1. — En cas de renvoi.	34
N° 2. — Dans les conventions internationales.	37
N° 3. — Pour l'exequatur.	38
N° 4. — Dans les arrêtés monétaires.	39
§ 3. — La jurisprudence étrangère.	40
N° 1. — Angleterre.	40
N° 2. — Belgique.	42
N° 3. — Divers.	42
SECTION IV. — <i>Le problème en droit positif.</i>	43
§ 1. — Les Conventions internationales éludent le problème . .	43

§ 2. — Textes qui ont abordé de front le problème.	45
§ 3. — Le projet de M. de Magalhaes au Comité pour la codification progressive du droit international ; critique de ce projet	49
CHAPITRE II. — RECHERCHE D'UNE SOLUTION.	52
SECTION I. — <i>La solution de la doctrine.</i>	52
§ 1. — Système de la loi nationale (Valéry, Weiss, Durand). Critique de ce système ; variante de ce système ; combinaison avec la loi territoriale (Vincent et Penaud, Despagnet, de Boeck). Opinion de Foelix.	53
§ 2. — Système de la loi territoriale (Brocher). Critique de ce système.	57
§ 3. — Système de l'autonomie de la volonté (Loiseau). Critique de ce système.	59
§ 4. — Système de la <i>lex fori</i> (Niboyet, Arminjon, Lerebours-Pigeonnière). Critique de ce système.	61
§ 5. — Impossibilité d'une solution d'ensemble (Rolin, Donnedieu de Vabres).	62
§ 6. — Les auteurs étrangers ; système de la <i>lex rei sitae</i> (Lorenzen). Critique de ce système.	63
SECTION II. — <i>La solution de la jurisprudence.</i>	66
§ 1. — Carence de la jurisprudence française.	66
§ 2. — Attitude de la jurisprudence sur la détermination du domicile prévu dans les conventions internationales (aff. Perroud, etc.).	68
§ 3. — Attitude de la jurisprudence sur la détermination du domicile après renvoi (aff. Forgo, aff. Bourgoise, aff. Marrasch, etc., aff. della Costa).	70
§ 4. — Attitude de la jurisprudence sur la détermination du domicile pour l'exequatur (aff. Spada-de Komar, etc.).	81
§ 5. — Attitude sur la détermination du domicile pour l'application des arrêts monétaires.	83
§ 6. — Jurisprudence étrangère : Belgique, Portugal, Suisse, Angleterre, Allemagne, Pays-Bas	85
SECTION III. — <i>Essai d'une solution générale du problème.</i>	93
§ 1. — Enoncé et formule de notre règle de solution. Justification sommaire.	93
§ 2. — Le domicile est-il un lien de rattachement, une notion de droit public ?	96
CHAPITRE III. — APPLICATION DE LA RÈGLE SELON LES DIFFÉRENTS DOMAINES DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.	104
SECTION I. — <i>Nationalité et condition des étrangers.</i>	104
SOUS-SECTION I. — <i>La nationalité.</i>	105
§ 1. — Rôle du domicile dans les lois sur la nationalité.	105
§ 2. — Loi qui doit déterminer le domicile dans ce cas ; justifica-	

tion ; préférence qu'il faut lui donner sur la loi nationale, sur la loi territoriale, sur la <i>lex fori</i>	107
§ 3. — Attitude de la jurisprudence.	112
SOUS-SECTION II. — <i>Condition des étrangers</i>	117
§ 1. — Rôle du domicile dans la condition des étrangers. . . .	117
§ 2. — Loi qui doit déterminer le domicile dans ce cas ; justification ; préférence qu'il faut lui donner sur la loi nationale ; sur la <i>lex fori</i> , sur la loi territoriale.	120
§ 3. — Attitude de la jurisprudence (affouage, arrêts monétaires, droits civils en général).	124
SECTION II. — <i>Le conflit de lois</i>	128
§ 1. — Rôle du domicile dans les règles de conflit de lois. . . .	128
§ 2. — Loi qui doit déterminer le domicile dans ce cas : justification dans le cas où la référence à la loi du domicile vient de la <i>lex fori</i> et dans le cas de renvoi. Préférence qu'il faut donner à notre loi sur la <i>lex fori</i> , sur la loi territoriale, sur la loi nationale.	129
§ 3. — Examen de la jurisprudence.	137
N° 1. — Lorsque la référence à la loi du domicile vient de la loi française.	138
N° 2. — Lorsqu'elle vient d'une loi étrangère.	139
SECTION III. — <i>Le conflit de juridictions</i>	140
§ 1. — Rôle du domicile dans les conflits de juridictions. Loi qui doit déterminer le domicile dans ce cas.	140
§ 2. — Compétence générale directe.	141
N° 1. — Compétence normale	141
N° 2. — Renvoi.	142
N° 3. — Quasi-renvoi.	142
§ 3. — Compétence indirecte.	144
N° 1. — Compétence générale	145
N° 2. — Compétence spéciale	146
§ 4. — Examen de la jurisprudence	150
N° 1. — Compétence directe, la triple recherche qu'elle impose sur le domicile.	151
N° 2. — Compétence indirecte (compétence générale, compétence spéciale).	155
SECTION IV. — <i>Les traités et les conventions internationales</i>	157
§ 1. — Rôle du domicile dans les traités et les conventions internationales.	157
N° 1. — Traités d'annexion et leurs clauses sur la nationalité.	158
N° 2. — Conventions sur la condition des étrangers. . . .	159
N° 3. — Conventions sur les conflits de lois.	160
N° 4. — Conventions sur les conflits de juridictions. . . .	160
§ 2. — Loi qui doit déterminer le domicile quand il est prévu dans une convention ; pouvoir d'interpréter les conventions internationales, présomptions proposées	161
§ 3. — Examen de la jurisprudence.	166

N° 1. — Arrêts intervenus sur l'application des traités d'annexion.	166
N° 2. — De la Convention de La Haye.	167
N° 3. — Du traité franco-belge du 8 juillet 1899.	168
N° 4. — Du traité franco-suisse du 15 juin 1869 (interprétation de l'expression « juges naturels du défendeur », explication par le domicile, explication de la Cour de cassation ; détermination de la résidence).	169
CHAPITRE IV. — APPLICATION DE LA RÈGLE SELON LES DIFFÉRENTES MODALITÉS JURIDIQUES DU DOMICILE.	176
SECTION I. — <i>Le domicile d'origine</i>	179
SECTION II. — <i>Le domicile élu</i>	182
§ 1. — Hypothèses de conflits de lois sur la détermination du domicile élu.	182
§ 2. — Jurisprudence sur ce conflit de lois.	184
SECTION III. — <i>Le domicile de dépendance</i>	185
§ 1. — Le domicile de dépendance en droit français, fondement, dispositions différentes dans les législations étrangères.	186
§ 2. — Faut-il établir une exception à la règle générale ?	187
§ 3. — Examen de la jurisprudence.	190
N° 1. — Domicile des mineurs (jurisprudence française, jurisprudence étrangère).	191
N° 2. — Domicile de la femme mariée.	197
N° 3. — Domicile des domestiques.	199
SECTION IV. — <i>Le domicile des personnes morales</i>	201
§ 1. — Importance du domicile pour les personnes morales	201
§ 2. — Les sociétés ont-elles une nationalité différente de leur domicile ?	203
§ 3. — Y a-t-il lieu d'établir une exception à la règle générale pour cette modalité du domicile ?	205
§ 4. — Examen de la jurisprudence.	206
CHAPITRE V. — CONCLUSIONS	208
SECTION I. — <i>Le conflit sur la détermination du domicile est-il un conflit de qualification ?</i>	210
§ 1. — Opinion de différents auteurs (Bartin, Niboyet, Donnedieu de Vabres, Arminjon).	210
§ 2. — Opinion personnelle : le conflit de lois sur la détermination du domicile est un conflit de qualifications ; il peut être résolu par une loi différente de la <i>lex fori</i>	215
§ 3. — Conciliation avec les idées de M. Martin.	217
SECTION II. — <i>La détermination du domicile est-elle une question de fait ?</i>	223
§ 1. — Réponse théorique à la question.	223
§ 2. — Examen de la jurisprudence sur la détermination du domicile en droit interne.	224

§ 3. — Examen de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la détermination du domicile en droit international privé. . .	226
CONCLUSION.	232

DEUXIÈME PARTIE

La notion de domicile en droit international privé français

CHAPITRE PREMIER. — INFLUENCE DE LA NATIONALITÉ DE L'INDIVIDU EN CAUSE ET DU TERRITOIRE DE L'ÉTABLISSEMENT PRÉTENDU SUR LA NOTION DE DOMICILE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FRANÇAIS.	239
SECTION I. — <i>Le domicile des Français en France.</i>	239
§ 1. — Hypothèses où le domicile d'un Français en France touche au droit international.	240
§ 2. — Examen de la notion française dans ce cas : droit au domicile, domicile de choix, domicile matrimonial.	241
§ 3. — Le domicile de dépendance.	241
N° 1. — Domestiques.	241
N° 2. — Femmes mariées (aff. Hauel et Testasecca ; codification projetée).	242
N° 3. — Mineurs et interdits.	244
SECTION II. — <i>Le domicile des Français à l'étranger.</i>	246
§ 1. — Droit au domicile : un Français peut-il avoir son domicile à l'étranger ?	247
N° 1. — La doctrine, les adversaires.	247
N° 2. — La doctrine, les partisans.	248
N° 3. — La jurisprudence.	250
N° 4. — Codification projetée.	253
§ 2. — Notion française du domicile du Français à l'étranger.	255
N° 1. — Domicile de choix.	255
N° 2. — Domicile de dépendance.	257
N° 3. — Autres modalités.	258
N° 4. — Conclusion	259
SECTION III. — <i>Le domicile des étrangers en France.</i>	259
§ 1. — Droit au domicile : l'étranger peut-il avoir un domicile en France.	260
N° 1. — L'ancien droit.	260
N° 2. — La doctrine de la négative.	263
N° 3. — La doctrine de l'affirmative.	264
N° 4. — La jurisprudence (aff. Onslow, Méllizet, la Caroline, Specht et autres ; jurisprudence belge).	270
N° 5. — La codification projetée.	279
§ 2. — Eléments du domicile de choix.	280
N° 1. — La doctrine.	280
N° 2. — La jurisprudence (aff. Bonar-d'Hervas, Rachel ; aff. du duc de Brunswick ; aff. Say et autres).	281
N° 3. — La codification projetée.	288

§ 3. — Domicile de dépendance.	291
N° 1. — Mineur.	292
N° 2. — Femme mariée.	293
N° 3. — Domestique.	294
N° 4. — Combinaison du domicile de dépendance et du domicile de choix.	294
N° 5. — Codification projetée.	295
§ 4. — Domicile élu.	296
§ 5. — L'admission à domicile.	298
N° 1. — Historique.	298
N° 2. — A qui elle était accordée.	299
N° 3. — Conditions de ses effets.	300
N° 4. — Effets de l'autorisation.	301
N° 5. — Mode d'octroi (nécessité d'un décret).	302
N° 6. — Jurisprudence de l'autorisation implicite.	304
SECTION IV. — <i>Le domicile des étrangers à l'étranger.</i>	307
§ 1. — Décisions reconnaissant aux étrangers un domicile réel à l'étranger (aff. Robertson ; aff. Villabrilie).	308
§ 2. — Décisions refusant de reconnaître la réalité d'un domicile à l'étranger allégué par un étranger (aff. Garlet, de Looz, etc.).	309
§ 3. — Modalités du domicile.	311
§ 4. — Conclusion.	312
CHAPITRE II. — LES CONCEPTIONS DIRECTRICES FRANÇAISES SUR LE DOMICILE.	313
SECTION I. — <i>Principe de la nécessité du domicile.</i>	314
SECTION II. — <i>Principe de l'unité du domicile.</i>	316
SECTION III. — <i>Principe de la sincérité du domicile.</i>	319
§ 1. — Intérêt et sanction en droit international privé d'un domicile frauduleux.	320
§ 2. — Examen de la jurisprudence (aff. Larquié, Garlet, de Migieu, Crédit Foncier Suisse, L..... et autres).	322
CHAPITRE III. — INFLUENCE DE LA VARIÉTÉ DES INSTITUTIONS JURIDIQUES SUR LA NOTION DE DOMICILE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ FRANÇAIS.	327
SECTION I. — <i>Le domicile lorsqu'il détermine le statut personnel supplétoire.</i>	328
§ 1. — Le problème de l'heimalosat et sa solution.	328
§ 2. — La notion française du domicile des apatrides.	330
SECTION II. — <i>Le domicile dans les lois sur la nationalité.</i>	332
§ 1. — Rôle du domicile dans les lois sur la nationalité, en particulier dans la loi du 10 août 1927.	332
§ 2. — Notion du domicile nécessaire à l'acquisition de la nationalité française.	335
N° 1. — Historique et doctrine.	335
N° 2. — Jurisprudence avant la guerre.	337
N° 3. — Jurisprudence pendant la guerre.	339

N° 4. — Jurisprudence après la guerre.	339
N° 5. — Conclusion.	340
SECTION III. — <i>Le domicile en matière d'affouage.</i>	341
§ 1. — Historique et jurisprudence : jusqu'en 1850, de 1850 à 1874 ; de 1874 à nos jours.	342
§ 2. — Le droit à l'affouage.	346
§ 3. — La notion du domicile réel et fixe.	348
SECTION IV. — <i>Le domicile principe de compétence générale.</i> . . .	352
§ 1. — Litiges entre Français et étrangers.	352
§ 2. — Litiges entre Français.	353
§ 3. — Litiges entre étrangers.	354
N° 1. — Peut-on rattacher la compétence général au domicile ? Système affirmatif des auteurs.	354
N° 2. — Réponse négative de la jurisprudence.	356
N° 3. — La compétence générale indirecte.	358
N° 4. — La compétence générale commerciale.	358
SECTION V. — <i>Le domicile principe de compétence spéciale, personnelle et mobilière.</i>	359
§ 1. — Domicile du Français défendeur.	360
§ 2. — Domicile de l'étranger défendeur.	361
N° 1. — Eléments retenus par la jurisprudence.	361
N° 2. — Exposé de quelques cas limites.	365
SECTION VI. — <i>Le domicile en matière de faillite.</i>	368
§ 1. — Rôle du domicile : unité ou pluralité de la faillite, doctrine et jurisprudence.	368
§ 2. — Examen de la jurisprudence sur le domicile, aff. Cas-trique et autres.	370
§ 3. — Analyse de la notion de domicile en matière de faillite. . .	375
N° 1. — Compétence générale.	375
N° 2. — Compétence spéciale.	376
N° 3. — Loi applicable.	377
SECTION VII. — <i>Le domicile principe de compétence successorale.</i> . .	378
§ 1. — Application des règles de compétence générale.	378
§ 2. — Le domicile de fait est attributif de compétence.	380
§ 3. — Eléments de domicile de fait.	383
SECTION VIII. — <i>Le domicile principe de compétence tutélaire.</i> . . .	385
§ 1. — Compétence générale.	386
N° 1. — Le principe d'incompétence dans la tutelle.	386
N° 2. — Le principe d'incompétence dans la curatelle et l'interdiction.	387
N° 3. — Renversement proposé du principe.	388
N° 4. — Ses conséquences sur la loi applicable.	389
§ 2. — Compétence spéciale.	390
SECTION IX. — <i>Le domicile principe de dévolution successorale.</i> . .	392
§ 1. — La règle <i>mobilia sequuntur personam</i>	392
§ 2. — La succession du Français.	395

§ 3. — La succession de l'étranger.	397
N° 1. — Loi appliquée par la jurisprudence.	397
N° 2. — Explications de la jurisprudence.	398
N° 3. — Nécessité d'un domicile autorisé.	401
N° 4. — Influence de la loi du 10 août 1927.	404
SECTION X. — <i>Le domicile matrimonial.</i>	406
§ 1. — Le domicile matrimonial dans l'ancien droit.	407
§ 2. — Le domicile matrimonial dans la doctrine moderne ; son rôle, sa définition.	413
§ 3. — Le domicile matrimonial dans la jurisprudence moderne : son rôle, sa définition (aff. Dagès, Schweisteger, Balsan et autres). Conclusion.	417
§ 4. — Le domicile matrimonial et la codification projetée.	426
SECTION XI. — <i>Le domicile fiscal.</i>	430
§ 1. — Le droit de mutation par décès sur les valeurs mobilières.	430
§ 2. — L'impôt sur le revenu.	433
N° 1. — Les personnes assujetties.	434
N° 2. — Le revenu imposable.	435
§ 3. — L'impôt sur les traitements, salaires, rentes et bénéfices des professions non commerciales.	436
§ 4. — L'impôt sur le revenu des titres émis par les Etats étrangers ou les sociétés étrangères non abonnées.	437
§ 5. — Conclusion ; les notions du domicile en droit fiscal.	438
SECTION XII. — <i>Le domicile en matière de procédure.</i>	439
§ 1. — Rôle théorique.	439
§ 2. — Jurisprudence.	440
§ 3. — Conclusion.	441
SECTION XIII. — <i>Le domicile en matière de meubles</i>	442
§ 1. — Meubles corporels.	442
§ 2. — Meubles incorporels.	444
SECTION XIV. — <i>Le domicile indice de la volonté autonome.</i>	447
§ 1. — Rôle du domicile comme indice de la volonté.	447
§ 2. — Notion du domicile indice de la volonté.	449
SECTION XV. — <i>Domiciles divers.</i>	450
§ 1. — Le domicile pour l'assistance judiciaire.	450
§ 2. — Le domicile nécessaire à la célébration du mariage.	452
§ 3. — Le domicile dans les arrêtés monétaires d'Alsace-Lorraine.	453
§ 4. — Hypothèque légale et caution <i>judicatum solvi</i>	454
§ 5. — Le domicile dans la contrainte par corps.	455
CONCLUSION.	459
BIBLIOGRAPHIE	463

BAR-SUR-SEINE, IMP. SAILLARD. — P. BROST, SUCC^r

